

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO BARP

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FACE AO
CRIME DE PECULATO**

Monografia apresentada
como requisito à obtenção
do grau de Bacharel. Curso
de Graduação em Direito,
Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr.
Jacinto Coutinho

CURITIBA
2001

TERMO DE APROVAÇÃO

A PROTEÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FACE AO CRIME DE PECULATO

RODRIGO BARP

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador:.....
Prof. Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Co - orientador.....
Prof. Ítalo Tanaka Junior

.....
Prof. Doutor Antônio Acir Breda

Agradecimentos

Ao Professor Ítalo Tanaka Junior, pela possibilidade dada a mim de por ele ser orientado e avaliado.

Aos ilustres Professores Doutores Jacinto Coutinho e Antônio Acir Breda por fazerem parte da banca examinadora, a qual contribui para valorizar o trabalho realizado.

Ao Professor, amigo e *consiglieri* Juliano Breda, pelos sábios conselhos, e para o qual o Direito Penal reserva um futuro brilhante.

Aos meus pais, Oscar e Mairi, e a minha irmã Camila, sem os quais não haveria razão de lutar.

A minha namorada Giovanna, pelos momentos de alegria e companheirismo proporcionados.

Aos amigos Caipora, Zicca, Lana, Tony, Elias, Juliano, Cabeça, Rica, pela sua amizade presenteada pelo destino.

A Deus, sobretudo e sempre, a Deus.

Resumo

O presente trabalho aborda os principais e mais importantes aspectos que envolvem a prática criminosa do peculato, desde sua origem e evolução histórica, até os seus elementos intrínsecos. Ademais, traça-se uma análise detalhada de suas modalidades e elementos que o caracterizam, bem como a proteção da administração pública diante disto. Procura-se abordar o tema de forma ampla, interagindo ramos diferentes do direito para que atinjam o mesmo objetivo (direito penal, constitucional, processual penal e administrativo). Visa, dentre outros objetivos analisar sob a ótica do direito este crime, praticado por funcionário público, contra Administração Pública - realizado com certa frequência no Brasil, dado o descaso com a utilização dos bens e patrimônio Público. A metodologia utilizada neste trabalho foi o estudo das doutrinas moderna e clássica, confrontando-as nas suas diferenças e utilizando-se, por outro lado da jurisprudência.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO..... II

RODRIGO BARP II

AGRADECIMENTOS III

AO PROFESSOR ÍTALO TANAKA JUNIOR, PELA POSSIBILIDADE DADA A MIM DE POR ELE SER ORIENTADO E AVALIADO III

RESUMOIV

INTRODUÇÃO..... 1

CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 3

 A PERTINÊNCIA DA TEORIA DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES DE MONTESQUIEU E A SUA RELAÇÃO COM A ATIVIDADE DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 4

 PRINCÍPIOS INERENTES AO NORMAL DESEMPENHO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988..... 6

 Princípio da legalidade7

 Princípio da Impessoalidade8

 Princípio da moralidade administrativa.....8

 Princípio da publicidade9

 Princípio da eficiência10

 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O ÂNGULO DO DIREITO PENAL..... 11

 DISTINÇÕES ENTRE A ILICITUDE PENAL E A ILICITUDE ADMINISTRATIVA..... 13

CRIMES FUNCIONAIS (*DELICTA IN OFFICIO*) – O PECULATO 15

 NOÇÕES GERAIS..... 15

 CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO 17

 CONFIGURAÇÕES DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO 23

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO – PARTE ESPECIAL - TÍTULO XI – DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CAPÍTULO I – DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL..... 23

 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE PECULATO 24

 OBJETIVIDADE JURÍDICA 27

 SUJEITOS DO CRIME..... 29

 Sujeito ativo29

 Sujeito passivo31

 TIPO OBJETIVO..... 32

 A posse33

 A conduta típica35

 A questão do “peculato de uso”.....36

 O problema do proveito público.....37

 OBJETO MATERIAL..... 38

 No delito de peculato, o objeto deve ter um valor, seja ele patrimonial, seja não patrimonial, mas deve haver um valor, pois, de outro modo, não existiria crime.....39

 À ausência total de valor deve ser equiparado o valor exíguo, que possa ser considerado idêntico ao valor nulo no que se refere às finalidades da lei penal.40

 TIPO SUBJETIVO 40

 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA..... 40

 PECULATO – FURTO 42

 PECULATO CULPOSO 44

 PECULATO MEDIANTE ERRO DE OUTREM 46

Objetividade jurídica..... 46

Sujeitos 47

Tipo objetivo (conduta) 47

Objeto material 48

Tipo subjetivo..... 49

Consumação e tentativa..... 49

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS RELATIVOS AO CRIME DE PECULATO.....49

 DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS..... 49

 A *informatio delicti* (denúncia ou queixa).....51

 Da defesa preliminar.....52

 Do julgamento liminar.....53

CONCLUSÃO.....55

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....57

Introdução

O trabalho desenvolvido procura, dentre seus objetivos, analisar pontualmente os principais aspectos envolvidos na prática do delito de peculato, bem como a resposta dada pelo ordenamento jurídico a esse crime, a proteção da administração pública diante das ações de seus funcionários que não condizem com o normal desempenho do cargo público.

A discussão a respeito do tema é pertinente na medida em que a proteção à administração pública se mostra extremamente necessária para tutelar a ação do Estado de forma a atender aos princípios do bem administrar a *res publica*. Com isso, algumas das condutas delituosas dos agentes da administração pública – leia-se funcionário pública tal como a lei penal o define – foram tipificadas pelo Direito Penal, no intuito de garantir que tais princípios fossem respeitados e cumpridos.

Com efeito, procura-se adotar uma linha de trabalho que promove a interação entre os diversos ramos do ordenamento jurídico, a fim de que sejam utilizados os pontos de contato que sejam pertinentes à discussão do tema quais sejam, o direito penal, o direito constitucional, o direito administrativo e o direito processual penal.

São emprestados conceitos do direito administrativo e do direito constitucional para traçar as linhas gerais sobre a administração pública e o modo como devem proceder os seus agentes, na observância de certos dispositivos e princípios. Em seguida, faz-se necessária a caracterização dos conceitos da administração pública e do funcionário público sob o ângulo do direito penal, para que se proceda à análise do crime de peculato, objeto principal do trabalho.

O crime de peculato remonta à antiguidade romana, época em que não era indissociado o direito dos deuses do direito dos homens, sendo objeto do peculato, inclusive, coisas relativas e consagradas às divindades romanas. Com o passar do tempo, foi o peculato considerado crime quando havia a má utilização das coisas públicas pelos seus funcionários. Posteriormente, bens de particulares foram considerados objeto material do crime.

Muitos problemas surgem para ser analisados, na medida em que se ampliam os limites do estudo. A caracterização do tipo objetivo; a posse da coisa em razão do cargo; a problemática do proveito público; a questão do peculato de uso.

Além disso, dotou a legislação processual penal o funcionário público de um procedimento especial nos crimes de sua responsabilidade (crimes funcionais), para que não houvessem contra ele acusações infundadas, abusivas e puramente de má-fe, que simplesmente prejudicariam o bom andamento da administração pública.

Conceito de administração pública

Inicialmente, a caracterização daquilo que se entende por administração pública num sentido amplo, geral, se faz necessária na medida em que tais conceitos, emprestados do ramo do Direito Administrativo servirão para, mais adiante, compreender-se com mais clareza o assunto, sob a perspectiva do Direito Penal – o escopo maior do trabalho.

Entretanto, esta conceituação não se mostra totalmente pacífica dentre os grandes doutrinadores desta seara do direito.

Na descrição do eminente administrativista Cretella Júnior, a administração “não é só governo, poder executivo, como também a complexa máquina administrativa, o pessoal que a movimenta, a atividade desenvolvida por esse aparelhamento que possibilita ao Estado o preenchimento de seus fins.”¹

Ou no dizer de outro consagrado autor, Hely Lopes Meirelles, ao afirmar que “no Direito Público – do qual o Direito Administrativo é um dos ramos – a locução *Administração Pública* tanto designa pessoas e órgãos governamentais como a atividade administrativa em si mesma. Assim sendo, pode-se falar de administração pública aludindo-se aos instrumentos de governo, como à gestão mesma dos interesses da coletividade”.²

Com efeito, ao não se restringir a administração pública apenas às pessoas ou órgãos a ela relacionados, vê-se que ela é caracterizada também através de atos concretos e auto – executórios para atingir os seus objetivos maiores vinculados aos interesses públicos.

Há um espectro que a engloba no conjunto complexo de órgãos distintos, repartidos em categorias e superpostos por escalões, com vínculos ou relações mútuas e que realizam funções submetidas a certas normas.

Portanto, nota-se a grande amplitude da expressão *administração pública*, posto que sua conceituação possui vários pontos de contato que tangenciam demais conceitos, termos e vocábulos, tomando-lhes emprestadas certas noções análogas.

¹ Cretella Júnior, *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1966, v. 1, p. 27.

² Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1997, p. 79.

Pode-se observar, contudo, aquilo que é notadamente comum à diversidade de conceitos, e que se situa dentro dos limites da amplitude da expressão.

Constata-se que a *administração pública* diz respeito tanto ao agente da atividade quanto à própria atividade; e esta atividade de administração pública é atividade voltada à realização dos interesses públicos, em benefício do todo social, com sua amplitude respeitadora dos limites da lei.

A pertinência da teoria da tripartição de poderes de Montesquieu e a sua relação com a atividade de administração pública

Segundo Hely Lopes Meirelles, a atividade estatal está configurada em três fases distintas, quais sejam “a de legislar (editar o Direito Positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente), que se completam e se esgotam em extensão.”³

Esta distinção, baseada na teoria da separação de poderes de Montesquieu, prevê a classificação das funções estatais em legislativa, executiva e jurisdicional, sendo eminentemente institucional.

Todavia, ao se adotar como critério de distinção o critério material, “ter-se-à a *função normativa* (de produção de normas jurídicas); a *função administrativa* (de execução das normas jurídicas) e a *função jurisdicional* (de aplicação das normas jurídicas).”⁴

De fato, essa modalidade de classificação e distinção das funções estatais no seu aspecto material ganha força a partir da sua importância para que se compreenda “por que os crimes contra a administração pública não se limitam tão-somente a condutas delituosas praticadas contra a atividade do Poder Executivo, ou no interior dos quadros onde este atua.”⁵

Montesquieu, ao elaborar sua teoria de separação dos poderes do Estado, não sugeria fosse cegamente *rigorosa* esta separação, mas que se apregoasse a harmonia entre tais poderes.

³ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1997, p. 103.

⁴ Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Jr., *Dos crimes contra a administração pública*, São Paulo, 1997, p. 13.

⁵ *Ibidem*, p.13.

A divisão entre as funções do Estado deveria ser entendida como forma de *especialização ou especificação dos poderes*, decorrentes das atribuições inerentes a cada um deles. Por consequência disso, o emprego do termo *administração pública* deve ser compreendido em sentido amplo, a fim de que englobe tanto os sujeitos, órgãos ou entes, como as atividades peculiares aos poderes estatais.

Portanto, a harmonia entre os poderes se percebe realmente, visto que a função administrativa é desenvolvida não só pelo Executivo, mas pelo Legislativo e Judiciário. Um exemplo de que estes últimos praticam atos administrativos se percebe quando atuam no campo dos servidores a eles vinculados e subordinados.

Por outro lado, a função jurisdicional também é desenvolvida pelo Legislativo e pelo Executivo (como nos processos administrativos e na hipótese do julgamento do Presidente da República por *impeachment*).

O mesmo ocorre na função normativa, realizada pelo Judiciário e Executivo (regimentos e regulamentos; poder de iniciativa legislativa e de veto).

Desse modo, ao se lançar mão da classificação das funções estatais a partir do critério material, vislumbra-se mais claramente a circunscrição da atividade administrativa. Não são apenas os atos praticados pelo Poder Executivo, mas toda a atividade que expressa o exercício da função administrativa – a função de execução das normas jurídicas.

Conforme asseveram Pagliaro e Costa Jr. no tocante a essa interatividade entre as funções típicas e atípicas da atividade estatal – e indiretamente da administração pública como um todo - dentro da esfera de atribuição de cada poder estatal, “ de há muito que o Estado não circunscreve sua área de intervenção, tornando-se ele próprio fornecedor de prestações aos cidadãos: qualquer atividade humana encontra um seu correspondente numa outra, da administração pública. Passa-se, assim, de estado de Direito a um Estado Social onde as inumeráveis obrigações assumidas pela administração pública perdem aquela fisionomia unitária que primitivamente as caracterizava (fala-se, hoje, de administrações públicas).”⁶

Infere-se, pois, que a *administração pública* está direta e intrinsecamente ligada ao desempenho de atividade administrativa pelo conjunto de agentes estatais,

⁶ Ibidem, p.14.

aos quais seja atribuída esta função – incluindo-se os entes da administração indireta, dotados de personalidade jurídica de direito privado.

Ademais, pode ser compreendida, diante do exposto, que seria a atividade estatal desempenhada na execução das normas jurídicas, visando os fins e observando os princípios do Estado.

Princípios inerentes ao normal desempenho da administração pública à luz da Constituição da República de 1988

O direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas idéias opostas: de um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado - que serve de fundamento ao princípio da legalidade, alicerce do Estado de Direito; de outro lado, a da necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que outorga prerrogativas e privilégios à Administração Pública, para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício da coletividade, através dos instrumentos legalmente previstos.

Com grande propriedade, a destacada administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro auxilia a compreensão da evolução desta bipolaridade, ao afirmar que “ é curioso observar que fosse o próprio fenômeno histórico-político da Revolução Francesa o que tenha dado lugar simultaneamente a dois ordenamentos distintos entre si: a ordem jurídica individualista e o regime administrativo. O regime individualista foi se alojando no campo do direito civil, enquanto o regime administrativo formou a base do direito público administrativo.”⁷

Em consequência disso é que se deu esta bipolaridade do direito administrativo, tendo-se, num pólo, a liberdade do indivíduo – assegurada pelas restrições impostas à Administração Pública – e noutro pólo, a autoridade da Administração – fundada nas prerrogativas.

Com efeito, para se assegurar a liberdade, submete-se a Administração Pública a observar a lei – o chamado princípio da legalidade, no direito público. E para garantir sua autoridade, necessária à consecução de seus fins, lhe são

⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo, 2000, p.65.

outorgados privilégios (prerrogativas) que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.

Prerrogativas e restrições, aqui, andam juntas. As restrições às quais sujeita-se a Administração Pública englobam a observância dentre outros aspectos, da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos.

Portanto, muitas das prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de *princípios* que fazem parte do direito público, e consequentemente, do direito administrativo.

Ante o até aqui exposto, tem-se que dois são os princípios que informam e lhe são essenciais ao direito administrativo (direito público), dos quais são erigidos os demais: o da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular.

O legislador, pois, houve por bem ao fazer expressa menção, na Constituição Federal de 1988, a alguns princípios aos quais se submetem a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, como se vê a seguir:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”

Princípio da legalidade

Este princípio nasceu simultaneamente com o da possibilidade de controle da Administração pelo Poder Judiciário no surgimento da noção de Estado de Direito, tornando-se uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais.

Da mesma forma em que a lei os define, estabelece também a amplitude do agir da Administração no que diz respeito à restrição ao exercício de tais direitos em benefício do todo social. Pois, a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei.

Ao administrador público, só é lícita a conduta expressamente autorizada – ele jaz sob o império da lei.⁸

⁸ Conforme nos ilustra Di Pietro (op.cit., p.68), “a Administração pública só poderá fazer aquilo que a lei lhe permita, lhe autorize. Admite-se até mesmo a investidura irregular, mas os atos deste administrador de fato só serão válidos se praticados na forma da lei. Não há lugar para regulamentos autônomos e menos ainda para determinações fora da lei.”

Difere, nesse aspecto, do âmbito das relações entre particulares, nas quais vigora o princípio da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo aquilo que a lei não proibir – a Administração Pública *somente* pode fazer o que a lei permitir, autorizar.

Princípio da Impessoalidade

O princípio agasalhado pelo texto constitucional possui dois aspectos a serem analisados, posto que, conforme assevera Di Pietro, “exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração.”⁹

No primeiro aspecto, o princípio estaria relacionado com o atingimento da finalidade pública inerente a todos os atos praticados pela Administração. Diz respeito ao - uma vez tendo como interesse público o seu objetivo – não prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas.

Num segundo aspecto, este princípio significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa no qual está lotado. Pois, o órgão é que é o autor institucional do ato administrativo, mas nunca o agente, o funcionário público.

Princípio da moralidade administrativa

Este princípio, apesar de fazer parte do texto constitucional, não é proclamado em uníssono pela doutrina. Há autores que consideram a “moral administrativa” uma noção vaga, imprecisa, sendo até mesmo absorvida pelo princípio da legalidade.

Entretanto, nos ensina sabiamente Di Pietro, ao dizer que “antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est*.”¹⁰

⁹ Di Pietro, op. cit., p.71.

¹⁰ Di Pietro, op. cit., p. 77. Menciona a evolução da moralidade administrativa, mostrando que foi no direito civil o primeiro local de inserção da regra moral, ao tratar do abuso de direito. Posteriormente, no âmbito do direito público, em especial no direito administrativo, ao se discutir o problema do exame jurisdicional do desvio de poder.

A imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu atrelada à idéia de *desvio de poder*, pois, segundo Di Pietro, “a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.”¹¹

Nesse ponto é que residem as divergências entre os doutrinadores, uma vez que muitos autores entendem que a imoralidade administrativa se reduz a uma hipótese de mera ilegalidade na edição de atos administrativos quanto aos seus fins - o chamado *desvio de poder*.

Com efeito, o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade para possibilitar a sujeição da moralidade administrativa ao controle judicial. A matéria passou a fazer parte do próprio conceito de legalidade. O que ocorreu, no dizer de Di Pietro, foi que “o direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral.”¹²

Vale dizer, mesmo os comportamentos ofensivos da moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa. Ademais, não deve ser visto somente pelo ângulo do administrador, mas também sob o ângulo do particular ao se relacionar com a Administração Pública, como, por exemplo, nos processos de licitação.

Sempre, portanto, que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relacionar juridicamente, embora conforme a lei, ofender a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, em suma, a idéia comum de honestidade, haverá afronta ao princípio da moralidade administrativa.¹³

Princípio da publicidade

Os atos praticados pela Administração Pública devem possuir ampla divulgação, ressalvadas as hipóteses de sigilo legalmente previstas.

¹¹ Di Pietro, op. cit., p.78.

¹² Ibidem, p. 78.

¹³ Ao se referir a este princípio, Di Pietro (op. cit., p.79) reconhece-lhe autonomia, quando diz ser “evidente que, a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como *ato ilegal* e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo.”

Além da menção expressa a este princípio no *caput* do artigo 37 do texto constitucional, existem outros preceitos, no artigo 5º da lei maior que confirmam ou restringem sua abrangência.

É o caso do inciso LX, ao dispor que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Como a Administração Pública tutela interesses públicos, não há que justificar o sigilo de seus atos processuais, salvo que esta seja a determinação do interesse público – caso esteja envolvida, por exemplo, a segurança pública. Contudo, ao se conflitarem interesse público e direito à intimidade, aquele deverá prevalecer devido ao princípio da supremacia do interesse público sobre o individual.

No inciso XXXIII tem-se que a todos é resguardado o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas a segurança da sociedade e do Estado.

Com efeito, o que se deve ter por relevante em decorrência de tal princípio, conforme os ditames de Di Pietro, é que “ o dispositivo assegura o direito à informação não só para assuntos de interesse particular, mas também de interesse coletivo ou geral, com o que se amplia a possibilidade de controle popular da Administração Pública.”¹⁴

Princípio da eficiência

Este princípio apresenta dois importantes aspectos. O primeiro deles é visto em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados. No segundo aspecto, leva-se em conta o modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, objetivando os melhores resultados na prestação dos serviços públicos.

Com grande distinção, Hely Lopes Meirelles, diz ser a eficiência um dos deveres da Administração Pública, ao defini-la como “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço

¹⁴ Di Pietro (op. cit., p.75)

público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”¹⁵

Entretanto, a eficiência é um princípio que deve somar-se aos demais princípios aos quais se sujeita a Administração, não podendo restar sobreposto a nenhum deles, principalmente ao da legalidade, para que seja respeitada a segurança jurídica e o Estado de Direito.¹⁶

A Administração Pública sob o ângulo do Direito Penal

O Estado, a fim de atingir os resultados aos quais se destina, em conformidade e observância com os princípios da administração pública, estabelece normas a respeito de sua própria organização, regula suas relações com particulares e as que ocorrem entre estes, ao mesmo tempo que executa tais normas.

Conforme já visto no decorrer do estudo, as funções fundamentais do Estado compreendem a legislativa (estabelecer novas regras, gerias e abstratas), a administrativa (cuidar dos interesses públicos tidos pelo Estado como próprios), a jurisdicional (valor o comportamento humano com base em normas) e a função de governo (orientação política).

Num sentido amplo, pois, a Administração Pública compreende essas funções e é nesse mesmo sentido que a legislação penal a ela se refere no Título XI do Código Penal.

Contudo, para realizar e desempenhar tais funções, o Estado, enquanto pessoa jurídica, não dispõe de condições para realizá-los diretamente, servindo-se, para tanto, de pessoas físicas, vinculadas a órgãos criados com os respectivos deveres preestabelecidos.

Portanto, para o normal funcionamento e andamento das atividades vinculadas a esses órgãos públicos, são previstas normas de direito público, que dispõem da tutela reforçada do direito penal no que se refere aos crimes contra a

¹⁵ Hely Lopes Meirelles, op. cit., p.90.

¹⁶ Ibidem, p. 92. O eminente jurista, ao realçar a oposição entre os princípios da legalidade e da eficiência, assevera que “o princípio da legalidade deve ficar resguardado porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerias, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.”

administração pública, ao selecionar os fatos graves que mais ofendem aos seus interesses.

Nelson Hungria, ao tratar do objeto de tutela do direito penal, diz que “ a objetividade jurídica desses crimes é, portanto, o interesse da normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública.”¹⁷

Ademais, o Código Penal entende por Administração Pública não só a atividade administrativa em sentido estrito e distinta das demais atividades (legislativa e jurisdicional, ou até mesmo política). Leva-se em conta toda a atividade estatal, tanto no aspecto subjetivo como objetivo.

Como bem observam Pagliaro e Costa Jr., “sob a angulação subjetiva, a administração pública é entendida como o conjunto de entes que desempenham funções públicas. Sob o aspecto objetivo, considera-se como administração pública toda e qualquer atividade desenvolvida para satisfação do bem comum. Em outras palavras: em direito penal, administração pública equivale a sujeito - administração e atividade administrativa.”¹⁸

Vale dizer, pois, que em matéria de direito penal, o conceito de Administração Pública é bastante amplo, dada a compreensão objetiva deste conceito ao considerar toda atividade funcional do Estado e demais entes públicos.

Portanto, quando se considera tamanha amplitude da Administração Pública, o direito penal preocupou-se em assegurar a tutela da atividade global do Estado, não importando seja ela legislativa, administrativa, jurisdicional ou de governo.¹⁹

A objetividade jurídica genérica da tutela do direito penal dos crimes contra a administração pública, percebe-se, na “proteção ao interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da administração pública, considerando-se a

¹⁷ Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1958, v.9, p.311.

¹⁸ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 16.

¹⁹ Antonio Pagliaro, professor de Direito Penal da Universidade de Palermo (Itália) foi o Presidente da Comissão de Reforma do Código Penal Italiano em 1988, e escreve (op. cit., p. 17): “Nesse mesmo sentido, a Exposição de Motivos do Código italiano, no qual se inspirou o estatuto brasileiro: o conceito de administração pública, no que diz respeito aos compreendidos neste título, é tomado no sentido mais amplo, compreensivo da atividade total do Estado e de outros entes públicos. Portanto, com as normas que refletem os crimes contra a administração pública, é tutelada não só a atividade administrativa em sentido estrito, técnico, mas, sob certo aspecto, também a legislativa e a judiciária. Na verdade, a lei penal, neste título, prevê e persegue fatos que impedem ou perturbam o desenvolvimento regular da atividade do Estado e dos outros entes públicos.”

probidade, a competência, a disciplina, a fidelidade, a segurança, a liberdade, o decoro funcional e o respeito à atividade do Estado”, conforme explicita Fragoso.²⁰

Com efeito, quando o Código Penal classifica alguns ilícitos como crimes contra a administração pública, significa que se trata de condutas com a característica comum de ofender gravemente a atividade funcional do Estado e dos entes públicos. Entretanto, podem as faltas mais leves constituírem perfeitamente ilícitos administrativos, porém, conforme doutrina Hungria, “o ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *strepitus judicii*.”²¹

Distinções entre a ilicitude penal e a ilicitude administrativa

A ofensa à atividade funcional do Estado não configura, necessariamente, um ilícito penal, um crime.

Com a evolução do direito penal, consagrou-se o *princípio da tipicidade*, que prega que um fato, uma conduta, para constituir um crime, deve ser previsto como tal pela lei penal – artigo 1º do nosso Código Penal. Além disso, existe o *princípio da reserva legal*, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, que diz que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Portanto, serão crimes contra a administração pública somente aqueles fatos que, além de ofenderem a atividade funcional do Estado ou ente público, sejam previstos como crimes pela lei penal.

Por outro lado, coexiste com o ilícito penal (crime), na seara do direito, o ilícito administrativo, que é assim considerado porque não dispõe de suficiente gravidade para ser tido como crime.

Escrevem a propósito do tema Pagliaro e Costa Jr., que “a diferença entre ambos, portanto, não é ontológica, somente de grau. A falta disciplinar representa um *minus* com respeito ao crime. E a pena criminal um *plus* com relação à sanção disciplinar.”²²

²⁰ Heleno Cláudio Fragoso. Lições de direito penal, Rio de Janeiro, 1981, v.3, p.390.

²¹ Hungria, op. cit., p.319.

²² Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 19.

Ainda sobre o tema, doutrina o administrativista Cretella Jr.: "No campo do direito, o *ilícito* alça-se à altura de *categoria jurídica* e, como *entidade categorial*, é revestida de unidade ôntica, diversificada em *penal, civil, administrativa*, apenas para efeito de integração, neste ou naquele ramo, evidenciando-se a diferença *quantitativa* ou de *grau*, não a diferença *qualitativa* ou de *substância*."²³

Nelson Hungria, ao expor sobre o assunto, afirma que "a ilicitude é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-múndi. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço."²⁴

Portanto, ante o esboço doutrinário acerca do tema, nota-se a prevalência do juízo penal sobre o juízo administrativo, sem prejuízo das distinções peculiares inerentes às suas aplicações diante de casos concretos.

Com efeito, se, por exemplo, absolvido for o funcionário público no juízo criminal pela prática de determinado delito que se lhe atribuiu, não poderá ele sofrer condenação pelo mesmo delito em processo administrativo. Da mesma forma, se condenado em juízo administrativo e absolvido no juízo penal, terá direito à restituição a seu favor.

Não obstante, pode o funcionário público ser absolvido pelo crime no juízo penal e condenado no processo administrativo por falta disciplinar. Pagliaro e Costa Jr. dão exemplo, ao falar que "o funcionário público, absolvido pela prevaricação, nada impede a que fique caracterizado o *minus* consistente na desídia ou no retardamento de ato de ofício."²⁵

Ademais, se o fato ocorrido for previsto como ilícito tanto pelo direito penal quanto pelo direito administrativo, caberá ao agente a aplicação da sanção penal bem como da administrativa.

²³ Cretella Jr., op. cit., v.1, p. 35.

²⁴ Hungria, op. cit., v.9, p.317.

²⁵ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 20.

Crimes funcionais (*delicta in officio*) – o peculato

Noções gerais

No Título XI do Código Penal brasileiro estão contidos três capítulos: I – Dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral; II – Dos crimes praticados por particulares contra a Administração em geral; III – Dos crimes contra a Administração da Justiça.

Os crimes constantes do Capítulo I são praticados pelo funcionário público no exercício de suas funções, sendo, por isso, chamados de crimes funcionais. Além disso, a essas infrações tem-se dado, de forma equivocada e imprópria, a denominação de crime de responsabilidade, como distingue Mirabete, ao dizer que “seriam estes uma espécie daqueles”.²⁶

São crimes funcionais aqueles em que a qualidade de funcionário público é elemento constitutivo ou condição de maior punibilidade. Tais crimes podem ser *próprios* ou *impróprios*.

Próprios são aqueles em que a qualidade de funcionário é essencial para que o fato constitua infração penal, visto que sem ela, a ação seria penalmente irrelevante. A qualidade de funcionário público, nesse caso, é elementar do tipo, porque, ausente, a conduta praticada é atípica.

Impróprios são os crimes funcionais em que o “fato seria igualmente criminoso”, segundo ensinamento de Fragoso, “a outro título, se não fosse praticado por funcionário e nos quais esta qualidade do agente apenas aumenta a gravidade do delito (exs.: peculato, violência arbitrária)”.²⁷ Destacam-se apenas por ser o sujeito ativo funcionário público, pois se o agente não estivesse revestido dessa qualidade, o crime seria outro. Nesse sentido, Mirabete, exemplifica, ao dizer que “o peculato nada mais é do que uma apropriação indébita praticada em decorrência da função pública; a violência arbitrária poderia constituir, se não fosse o sujeito ativo funcionário público, seqüestro, constrangimento ilegal, vias de fato, etc.”.²⁸

²⁶ Julio Fabrinni Mirabete. *Manual de Direito Penal*, São Paulo, 1998, v.3, p. 292.

²⁷ Fragoso, op. cit., p. 388.

²⁸ Mirabete, op. cit., p. 292.

Convém observar que nem todos os crimes funcionais acham-se **concentrados** no referido capítulo do Código Penal, visto que há outros delitos no **corpo** da Parte Especial em que a condição de funcionário público do agente é **elementar** do tipo ou circunstância qualificadora, como por exemplo, no art. 150, § 2º (**violação** de domicílio por funcionário público). Com efeito, o legislador prezou a **conveniência** lógica ao distribuir a matéria nos casos em que a condição de **funcionário público** qualifica o crime comum – fez o legislador crimes qualificados, **em vez** de figuras autônomas de delitos contra a administração pública.

Os crimes funcionais estão compreendidos na ampla categoria de crimes **próprios**, que são os delitos que podem ser praticados por seus autores, por aqueles **indivíduos** dotados de particular qualificação, como, por exemplo, os crimes militares, os quais podem ser praticados somente por quem seja militar, ou aqueles que serão praticados somente pelos cidadãos.

Sobre o tema, Pagliaro e Costa Jr. com muita clareza e distinção: “Os delitos funcionais dispõem, entretanto, entre os crimes próprios, de uma característica de todo particular. Neles, a qualificação subjetiva não precede o fato, mas deriva do sujeito por uma atividade que ele exercita no momento do fato. Ao contrário, no caso do crime militar e do cidadão, tais qualificações derivam do sujeito de modo autônomo com relação ao fato praticado”. Vale dizer que, torna-se essencial à configuração do crime funcional que o sujeito, na situação concreta, esteja exercitando uma função pública. E é deste dado de fato que irá derivar a qualificação de funcionário público necessária à configuração dos crimes. Ambos os penalistas supramencionados asseveram ainda que “os delitos funcionais podem ser classificados como *delitos próprios com estrutura inversa*, no sentido de que é necessário indagar sobre o fato antes de concluir que a qualificação subjetiva de funcionário público subsista realmente”.²⁹

Com efeito, ao se considerar tais aspectos, mesmo diante de funcionários públicos com vínculo constante e perene com a administração pública, ou daqueles considerados “sempre em serviço”, poderá ocorrer que uma conduta concreta não tenha qualquer ligação com o exercício de função pública. Nesses casos, a

²⁹ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 30.

qualificação de funcionário público não poderá fundamentar nem agravar o crime, tanto nos casos em que seja ele sujeito ativo ou passivo do crime.

Tais tratativas importam na medida em que se analisa a matéria de dolo e de erro nas condutas praticadas. O sujeito dos crimes funcionais, para agir com dolo, deve estar ciente de desempenhar uma função pública. Na hipótese de o funcionário público ser vítima do crime, é preciso que o ofensor saiba que a sua conduta afronta aquele que exerce função pública, ou que ela seja realizada em razão daquele exercício.

Porém, não é necessário um conhecimento técnico – jurídico da qualificação, fazendo-se mister que o agente simplesmente “conheça o seu significado prático, ou como se costuma dizer, de modo profano”.³⁰ Basta que o funcionário público saiba que está executando uma atividade referente ao Estado, sem a necessidade de que a pratique em sentido técnico.

Conceito de funcionário público

Conforme doutrina o direito administrativo, e para efeitos meramente administrativos, funcionário público, segundo a Lei n.º 8112 de 1990, “é a pessoa legalmente investida em cargo público; e cargo público é o criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da União”.

Para o ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles, “são os servidores legalmente investidos nos cargos públicos da Administração Direta e sujeitos às normas do Estatuto da entidade estatal a que pertencem”.³¹

São eles uma das espécies de servidores públicos, reunidos sob a denominação genérica de agentes públicos. Segundo este mesmo doutrinador, “agentes públicos são todas as pessoas físicas incumbidas definitiva ou transitoriamente, do exercício de uma função estatal”.³² Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “agente público é toda pessoa física que presta serviço ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta”.³³

³⁰ Ibidem, p. 31.

³¹ Lopes Meirelles, op. cit., p. 370.

³² Ibidem, p. 59.

³³ Di Pietro, op. cit., p. 305.

Pois, a fim de evitar divergências e controvérsias referentes ao conceito de funcionário público, além de resguardar de forma mais efetiva a administração pública, adotou-se a expressão no sentido mais amplo possível correspondente ao conceito doutrinário de agente público, sobre o qual a lei penal dispõe:

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.

§ 2º. A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Esta definição de funcionário público, apesar de localizada no final do capítulo dedicado aos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, é válida para todas as disposições contidas no Código e na legislação extravagante, nas quais se faça referência a um funcionário público, por força da expressão “para fins penais”, contida no *caput* do artigo supra - transcrito.

Ademais, tal definição será válida tanto quando o funcionário público for sujeito ativo do crime ou o próprio ofendido.

A lei menciona, em primeiro lugar, o *cargo público*, no que se refere ao conceito mais estrito de funcionário público (lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente). Posteriormente, menciona o *emprego público*, que diz respeito à admissão de servidores para serviços temporários, contratados em regime especial ou pelo disposto na CLT (contratados, mensalistas, diaristas, tarefeiros, nomeados a título precário, etc.). Finalmente, refere-se à *função pública*, que segundo Di Pietro, “é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais”.³⁴

³⁴ Di Pietro, op. cit., p.381.

Nelson Hungria, brilhante sobre a abrangência, nesse caso, do conceito de *função pública* : “Referindo-se à função pública *in genere*, o art. 327 abrange todas as órbitas de atividade do Estado: a de *legis executio* (atividade rectoria, pela qual o Estado praticamente se realiza), a da *legis latio*, (atividade legislatória, ou de normatização da ordem político-social) e a da *jurisdictio* (atividade judiciária, ou de apuração e declaração da vontade da lei nos casos concretos)”.³⁵

Portanto, conferiu-se ao disposto no referido artigo da lei penal grande amplitude para que se procedesse ao “enquadramento” dos agentes públicos nesta qualificação inerente aos crimes funcionais.³⁶

O que acaba por caracterizar, pois, o funcionário público perante o Código penal, é o exercício da função pública, não importando seja ele permanente ou eventual, voluntário ou obrigatório, gratuito ou remunerado, a título precário ou definitivo. Poderá a função resultar de eleição, de nomeação, de contrato ou de simples situação de fato, desde que não se usurpe a função pública.

Função pública, segundo Fragoso, ao fazer remissão à grande lição de Maggiore, “é toda atividade que realiza os fins próprios do Estado, mesmo quando exercida por pessoas estranhas à administração pública. A publicidade da função é, assim, avaliada *objetivamente*, fazendo-se abstração das pessoas que nela são investidas. O que conta não é qualidade do sujeito, público ou privado, mas, a natureza da função. Se esta é tal que o sujeito forme ou concorra para que se forme a vontade do Estado para a obtenção de fins públicos, quem nela está investido se transforma em órgão da administração pública e, somente por isso, torna-se funcionário público”.³⁷

Tal concepção objetiva, pois, vislumbra um único requisito para que alguém seja considerado funcionário público: deve exercitar uma função pública. A respeito disso, Pagliaro e Costa Jr. afirmam que “função pública não quer dizer outra coisa senão função de interesse público, que pode ser considerada sob dois aspectos: um

³⁵ Hungria, op. cit., v.9, p. 398-399.

³⁶ Mirabete (op. cit., p. 293-294) amparado por diversa fontes da jurisprudência brasileira, ilustra-nos alguns exemplos de funcionários públicos para efeitos penais, como o Presidente da República; o prefeito municipal; os membros das casas legislativas, inclusive o vereador; o militar; o serventuário da justiça de cartório não oficializado, ainda que não remunerado; o perito judicial; o advogado encarregado de cobrança da dívida ativa municipal; o contador da prefeitura municipal; o guarda municipal; o estudante de Direito atuando como estagiário junto à Defensoria Pública, mesmo sem designação regular, etc.

formal, outro substancial. De um ângulo formal, constitui atividade de interesse público a que o Estado considera relevante para seu ordenamento jurídico. Sob um aspecto substancial, atividade de interesse público é a que visa a satisfação de necessidades coletivas”.³⁸

Deve-se notar, porém, que a noção de função pública gira em torno de atividades do Estado e não de particulares. Estas atividades, embora possam ter objetivo e fins sociais de interesse para a coletividade, não constituem função pública. Na fixação deste conceito, o direito penal visou atribuir maior responsabilidade aos funcionários nas ações que atentam contra a administração pública e procurou protegê-los de forma especial, enquanto representam instrumentos de realização dos fins do Estado.

Não são funcionários públicos, pois, os concessionários e permissionários de serviços públicos e seus agentes, bem como aqueles que exercem um *munus público* (curadores e tutores dativos, inventariantes judiciais, etc.) em que prevalece o interesse privado. Todavia, tem-se por funcionário público, por exemplo, o jurado, presidentes e componentes de mesas receptivas e apuradoras de votos).

Enfim, para decidir acerca da qualificação de funcionário público, o que se considera “não é o tipo do cargo desempenhado”, como asseveram Pagliaro e Costa Jr., “mas a circunstância de fato que o sujeito, na relação específica apontada pela norma penal, esteja a exercer uma função pública legislativa, administrativa, judiciária ou de governo”.³⁹

Pelo referido no § 1º do artigo 327, equipara-se a funcionário público “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”.

Entidades paraestatais, segundo conceito de Hely Lopes Meirelles, “são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado”.⁴⁰ Dividem-se em *empresas públicas*, *sociedades de economia mista*, *fundações instituídas pelo Poder Público* e *serviços autônomos*.

³⁷ Fragoso, op. cit., p. 392.

³⁸ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 24-25.

³⁹ Ibidem, p. 26.

⁴⁰ Lopes Meirelles, op. cit., p. 319.

As duas primeiras formas, em conjunto com as *autarquias*, compõem a Administração Indireta da União. As duas últimas modalidades fazem parte dos entes de cooperação.

Na aplicação deste dispositivo constante do Código Penal, há duas formas de interpretá-lo, sendo uma restritiva e outra, ampliativa do conceito.

Conforme a interpretação restritiva, a equiparação somente se estenderia às autarquias, não se aplicando às sociedades de economia mista ou aquelas nas quais o Estado seja acionista majoritário.

Segundo a interpretação ampliativa, baseada na introdução do § 2º pela Lei nº 6.799, de 1.980, houve o alargamento do parágrafo anterior, de modo que deveriam ser considerados funcionários públicos os servidores de sociedade de economia mista, onde o Estado fosse acionista majoritário, ou mesmo em fundações instituídas pelo poder público.⁴¹

Porém, a figura do funcionário público está fundada de maneira objetiva, sobre o tipo de atividade exercida pelo sujeito. Em consequência disso, os funcionários de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de fundações instituídas pelo poder público só poderão ser considerados funcionários públicos quando desenvolverem atividade disciplinada por normas de direito público, mas não quando sua atividade for objeto de disciplina do direito privado.

A interpretação literal do § 1º do artigo 327 não resta dúvidas na inclusão dos que exercem cargo, emprego ou função pública nessas entidades paraestatais, no conceito de funcionário público para os efeitos penais.

Há autores, contudo, como Fragoso, que afirmam que, realizando essas entidades serviços industriais ou comerciais que não constituem fins próprios do Estado e que não configuram função pública para os efeitos da lei, torna-se inadmissível a ampliação do conceito.⁴²

Outra dúvida pertinente à equiparação mencionada existe no que tange à possibilidade do § 1º poder ser aplicado também ao sujeito passivo do delito. Figuram, aqui, duas correntes doutrinárias.

⁴¹ Ibidem, p. 27.

⁴² Fragoso, op. cit., p. 393-394.

Na primeira, ubicam-se, na esteira de Hungria, autores que afirmam que a equiparação a funcionário público daqueles que exercem cargo, emprego ou função em entidade paraestatal tem em vista os efeitos penais apenas com relação ao *sujeito ativo* do crime. Nessa hipótese, por exemplo, quem ofendesse funcionário de autarquia não cometeria crime de desacato, mas de injúria.

Nas palavras de Hungria, “se assim não fosse, o artigo 327 teria de figurar como disposição geral do Título XI, e não apenas do respectivo capítulo I”.⁴³

A outra corrente adota uma orientação extensiva, na qual a equiparação atinge igualmente o *sujeito passivo* do crime.

Fragoso é um dos integrantes desta linha de pensamento, ao contraditar a opinião do mestre Hungria, dizendo ser “tranquila na doutrina a opinião de que a situação desse dispositivo aplica-se não só a todo o Título XI, mas também a toda a parte especial e ainda às leis extravagantes. O próprio *Magalhães Noronha* [...] reconhece que a disposição poderia sem inconveniente figurar na *parte geral*, o que aliás, ocorre com vários códigos[...]”.⁴⁴

O consagrado autor, vai além, ao dizer que “diante de nossa lei, portanto, parece-nos não haver dúvida de que pratica corrupção ativa quem oferece vantagem indevida a um presidente de autarquia, nos termos do art. 333. O legislador poderia dispor diversamente, mas sem dúvida não o fez, e o intérprete não poderá distinguir onde a lei não distingue”.⁴⁵

Mirabete compartilha das idéias de Fragoso, quando afirma que “referindo-se a lei genericamente a ‘efeitos penais’, não há porque se excluir do conceito de *sujeito passivo* do crime aqueles que a lei equipara ao funcionário público como agentes do delito, máxime quando se admite como vítima de crimes praticados contra funcionários públicos, aqueles que não o são no sentido estrito, como os vereadores [...], e mesmo os particulares quando exercem função pública, como os peritos judiciais [...] e guardas-noturnos [...]”.⁴⁶

No § 2º do artigo 327, tem-se a equiparação implícita ao funcionário público dos ocupantes de cargos em comissão, de função de direção ou assessores de

⁴³ Hungria, op. cit., p. 401.

⁴⁴ Fragoso, op. cit., p. 393.

⁴⁵ Ibidem, p.393.

⁴⁶ Mirabete, op. cit., p. 295-296.

órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Contudo, a equiparação, aqui, é limitada, pois diz respeito apenas aos crimes constantes do primeiro capítulo do Título XI, praticados por funcionários públicos contra a administração em geral, tendo a pena aumentada na sua terça parte.

Pagliariro e Costa Jr., elucidam o assunto: " [...] a equiparação só tem lugar quando o funcionário é *autor* do delito. A interpretação haverá de ser restritiva. A equiparação e a causa de aumento deverão ser restringidas às pessoas mencionadas pela lei. [...] quem ofender uma das pessoas nomeadas pelo dispositivo (ocupante de cargo em comissão, diretor ou assessor) não pratica desacato, e sim injúria".⁴⁷

Os demais funcionários, pois, da sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público não podem ser considerados funcionários perante a lei penal.

Configurações do Código Penal Brasileiro

Código Penal Brasileiro – Parte Especial - Título XI – Dos Crimes Contra a Administração Pública – Capítulo I – Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral

Peculato

Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º. Aplica-se a mesma pena se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja

⁴⁷ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 28-29.

subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º. Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 3º. No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Evolução histórica do crime de peculato

O crime de peculato remonta ao direito romano, para o qual a subtração de coisas do Estado era reprimida como *peculatus* ou *depeculatus*.

O vocábulo *peculato* deriva de *pecus* (gado), que no dizer de Noronha “foi meio de troca nas sociedades primitivas, sendo, aliás, as primeiras moedas feitas de pele de animal e trazendo, depois, as de metal, a imagem de um boi”.⁴⁸

Na sua origem, o latim, *peculato* significa enriquecimento, pois deriva das palavras latinas *pecunia*, *peculium*, que querem dizer “riqueza” - com raízes na palavra *pecus*.

Antigamente, em época anterior à invenção da moeda, os animais (*pecus*) constituíam a única forma de riqueza representada pelas coisas móveis, sendo comum sua utilização como objetos de transações comerciais. Daí, pois, o *peculatus*, derivado de *pecus*, consistir na subtração de coisas pertencentes ao Estado.

No direito romano, a autonomia do peculato como crime se deu não em razão da qualidade do sujeito autor do delito, o qual poderia ser tanto funcionário público como particular, como observam Pagliaro e Costa Jr., “ mas pela condição da coisa

⁴⁸ Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal*, São Paulo, 1978, v. 4, p. 293.

desviada ou subtraída, que era uma coisa pública (*res publicae*) ou sagrada (*res sacrae*), uma vez que bois e carneiros eram destinados aos sacrifícios em homenagem aos deuses pagãos”.⁴⁹

Portanto, como se depreende do exposto, na configuração do crime tinha-se em vista não a qualidade da pessoa que o praticava, mas, sim, a da coisa que era objeto da ação delituosa e que deveria ser religiosa, sacra ou pública (*pecunia sacra, religiosa, publicae*).

Fragoso, ao se referir às origens históricas do crime de peculato, afirma que “ possivelmente porque o gado estava ligado ao sacrifício religioso, o peculato aparece, em épocas posteriores à introdução da moeda, estreitamente ligado ao sacrilégio, que era o furto de coisas consagradas à divindade”.⁵⁰

Havia a previsão de punição ao cometimento destes crimes, os quais estavam dispostos de forma conjunta no Título XIII do livro XLVIII do Digesto romano, sob a epígrafe *Ad legem Iuliam peculatus, et de sacrilegis et de residuis*. Posteriormente, a essa lei foi juntada a *lex Iulia de residuis*.⁵¹

À época, a palavra *pecunia* designava tanto o próprio dinheiro (*numeratum pecunia*) como qualquer outra coisa. Todavia, a qualidade da coisa sobre a qual incidia a prática do delito servia para se distinguir o furto do *peculatus*, tido, por vezes nas fontes do direito romano como *furtum pecuniae publicae*.

Fragoso assevera que “ a noção de peculato, na época clássica, abrangia não só o furto e a apropriação indébita, como também toda fraude praticada em detrimento do *aerarium*. Aplicava-se a *lex Julia de residuis* a quem desviasse dinheiro público recebido para determinado fim e ao funcionário que se apropriasse de saldo do erário após a dedução de despesas (*pecuniae residuae*)”.⁵²

No que tange ao julgamento do peculato e do sacrilégio, o processo dava-se perante os *quaestores parricidi*, que era o tribunal destinado ao julgamento dos homicídios, com a aplicação da pena de trabalhos forçados nas minas e até mesmo a pena capital (pena de morte). Além disso, ação penal era exercida mesmo mediante os herdeiros (*publica iudicia peculatus et de residuis et repetundarum*,

⁴⁹ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 36.

⁵⁰ Fragoso, op. cit., p. 394.

⁵¹ Ibidem, p. 394.

⁵² Ibidem, p. 395.

similiter adversus heredem exercentur), como bem observa Fragoso, ao mesmo tempo em que escreve que *Papiniano* dizia não ser feito sem razão (*nec immerito*)”.⁵³

Na Idade Média, os infratores também eram punidos com rigor, como na previsão do Estatuto de Florença, Itália, que ordenava que aquele que fugisse com o dinheiro do erário público fosse amarrado à cauda de um burro e arrastado pelas ruas da cidade, como punição exemplar. Mais recentemente, em dado Código Penal soviético do regime comunista, quando os valores estatais atingidos fossem relevantes, poderia ocorrer o fuzilamento do infrator e o confisco. Era comum, ainda, que a condenação implicasse na infâmia do infrator. Por outro lado, havia dispositivos em alguns estatutos nos quais aplicavam-se somente as penas cominadas àqueles que praticavam o furto (ladrões).

Porém, com os movimento humanistas que se seguiram em épocas posteriores a essa, especialmente nos séculos XVIII e XIX, as penas foram mitigadas em grande parte.

Fragoso, ao fazer menção às Ordenações Filipinas às quais o Brasil - Colônia estava sujeito, diz que “no livro V, título 74, ‘tratavam dos oficiais del Rei que lhe furtam, ou deixam perder sua fazenda per malícia’, impondo-lhes a pena cominada aos ladrões, além da perda do ofício e do pagamento de anóveas (nove vezes o valor da coisa furtada)”.⁵⁴

No Código Penal de 1830, o artigo 170 previa o peculato entre os crimes contra o tesouro público e à propriedade pública, sendo a punição a perda do emprego, prisão com trabalho por dois meses a quatro anos, e multa, de cinco a vinte por cento da quantia ou valor dos bens apropriados, consumidos ou extraviados.

O Código Penal de 1890, no seu artigo 221, classificou o peculato no título referente aos “crimes contra a boa ordem e a administração pública”.

Entretanto, ambos os códigos – o do império de 1830 e o republicano de 1890- omitiam dos seus dispositivos os bens particulares, visto que o crime era restrito apenas aos bens públicos. Somente com o Decreto nº 4.780 de 1923 é que

⁵³ Ibidem, p. 395.

⁵⁴ Ibidem, p. 395.

se passou a incluir no peculato a apropriação de bens móveis particulares, na posse de funcionário público em razão do cargo.

O Código penal Brasileiro atual, como no direito romano, não distinguiu entre os bens públicos ou particulares. No direito italiano, o qual influenciou em muito nosso ordenamento jurídico, e nesse caso, nosso direito penal, segundo observam Pagliaro e Costa Jr., “o estatuto peninsular reservou o *nomen iuris* do peculato (art. 314) à hipótese de o bem pertencer à administração pública, chamando o delito de malversação em prejuízo de particulares (art. 315), quando se tratasse de bem particular”.⁵⁵

Sobre o assunto, o grande penalista Fragoso: “O vigente código italiano assim ainda denomina a apropriação indébita praticada por funcionário público, de bens de particulares, de que tem a posse em razão do cargo. No direito germânico, é o fato designado ‘apropriação indébita funcional (*Amtsunterschlagung*). O código suíço não lhe deu título especial, fazendo do peculato apenas uma modalidade de apropriação indébita qualificada (art. 140), situando-o, portanto, entre os crimes patrimoniais”.⁵⁶

Objetividade jurídica

A legislação penal, precipuamente, almeja proteger a probidade da administração pública em sentido amplo, tutelando-a no seu patrimônio público, no interesse patrimonial do Estado, mesmo que de bens particulares.

Mirabete bem observa que “a maior relevância, porém, não é tanto a defesa dos bens da administração, mas o interesse do Estado, genericamente visto, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade da administração. O dano, mais do que material, é moral e político”.⁵⁷

Com efeito, o objeto da tutela jurídica é a administração pública, naquilo que diz respeito à preservação do patrimônio público e do interesse patrimonial do Estado, bem como à fidelidade e probidade dos agentes do poder público – tendo estes dois últimos aspectos maior relevância.

Pagliaro e Costa Jr., emprestando a definição de Maggiore: “Objeto jurídico da incriminação não é tanto a defesa dos bens patrimoniais da administração

⁵⁵ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 36.

⁵⁶ Fragoso, op. cit., p. 396.

pública, quanto o interesse do Estado à probidade e à fidelidade do funcionário público, razão pela qual Carrara não hesitava em classificar o peculato entre os crimes contra a fé pública”.⁵⁸

Fragoso, no mesmo sentido, valendo-se do dizer de Manzini, sustenta que, além do interesse simplesmente patrimonial, existe outro de conteúdo ético – político, posto que “a probidade na administração pública é, de fato, índice do progresso moral e da educação política dos povos”.⁵⁹

Na tentativa de tornar ainda mais clara a esfera de tutela penal a qual incide sobre o peculato, Pagliaro e Costa Jr. distinguem, nesse caso a “objetividade jurídica genérica da específica”.⁶⁰

Na objetividade genérica, ter-se-ia a proteção do interesse público relativo ao normal funcionamento da administração pública. Na específica, é a segurança patrimonial dos bens móveis do Estado e o dever de fidelidade do funcionário ao patrimônio público.

Conforme aquilo já explicitado no Capítulo I do presente trabalho, a administração pública deve estar balizada por princípios, leis e até mesmo costumes sem os quais estará suscetível a carecer de legitimidade, confiança e respeito na prática de seus atos.

Na esteira da probidade esperada pela tutela jurídica da administração pública, destacam-se a preocupação pelo seu normal funcionamento e andamento, bem como a imparcialidade na prática dos seus atos pelos funcionários.⁶¹

Afronta-se, pois, o normal funcionamento da administração pública, quando o funcionário, valendo-se de sua disposição arbitrária sobre a coisa, pratica certa atividade administrativa sem correspondência às finalidades legalmente atribuídas àquele ente público.

Ofende-se a imparcialidade, e também o normal funcionamento da administração pública, quando o agente aproveita-se de sua posição com relação à coisa móvel para beneficiar a si próprio ou a um particular, ao se apropriar dela ou desviá-la em razão da função pública desempenhada.

⁵⁷ Mirabete, op. cit., p. 296.

⁵⁸ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 38.

⁵⁹ Fragoso, op. cit., p. 396.

⁶⁰ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 38.

Diante disso, tem-se que o peculato é um crime pluriofensivo, porque ofende a destinação dada à coisa móvel, e o interesse no qual o funcionário deve manter fidelidade ampla ao Estado, não abusando de sua função em seu próprio benefício ou de terceiros.

A administração pública, ao destinar uma coisa móvel (um bem ou um valor, uma soma) para atingir determinado objetivo, demonstra possuir interesse na permanência desta destinação. Consequentemente, quando a coisa é apropriada pelo funcionário ou desviada, frustra-se esse interesse. No caso da coisa pertencer a particular, tem a administração interesse em não alterar o destino da coisa, para que disso não derive responsabilidade para com o particular.

Na doutrina nacional de relevo, a incidência das idéias ocorre no mesmo sentido até então discorrido.

Nelson Hungria diz que “é punido o peculato menos porque seja patrimonialmente lesivo do que pela quebra de fidelidade ou pela inexecução no desempenho do cargo público; mas é absolutamente indispensável à sua configuração o advento do concreto dano patrimonial”.⁶²

Sujeitos do crime

Sujeito ativo

O sujeito ativo no crime de peculato será o funcionário público, na amplitude do conceito decorrente da interpretação do artigo 327 do Código Penal visto anteriormente no trabalho.

O peculato é um crime próprio, que segundo Machado, “o tipo próprio exige uma especial qualificação do sujeito ativo”.⁶³

Esta qualidade se mostra elementar do crime, comunicando-se aos co-autores. Portanto, na hipótese de concurso de pessoas na qual pelo menos um dos co-autores seja funcionário público, os demais poderão ser particulares.⁶⁴

⁶¹ Ibidem, p. 40.

⁶² Hungria, op. cit., v.9, p.343. Concorde: Noronha, op. cit., v. 4, p. 207.

⁶³ Luis Alberto Machado, *Direito Criminal (Parte Geral)*, p. 53.

Machado, ao tratar da comunicabilidade das circunstâncias – assunto pertinente ao concurso de pessoas – ensina “A regra geral é a da incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal e da conseqüente comunicabilidade das circunstâncias objetivas, elementares à estrutura do tipo objetivo (cf. art. 30: ‘não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime’). Disso deflui que as circunstâncias (e as condições) pessoais, quando compõem o tipo objetivo, comunicam-se aos demais agentes em concurso, que não as possuam”.⁶⁵

Agentes privados podem concorrer no crime do funcionário público. Em tal caso, formam-se tipos plurissubjetivos, nos quais é suficiente que um só dos concorrentes seja funcionário público (*intraneus*). Desse modo, o particular (*extraneus*) responde pelo peculato se o funcionário, após ser instigado, apropriar-se de uma soma pertencente à administração pública que esteja em sua posse por razões de ofício (regra do artigo 30 do CP). Basta que um só dos concorrentes seja qualificado (*intraneus*) para que os demais respondam pelo mesmo tipo de crime.

Se nenhum dos sujeitos agentes for funcionário público, o crime funcional não poderá configurar-se, mas podem apresentar-se os pressupostos de outro delito (por exemplo, apropriação indébita em vez de peculato). De qualquer modo, porém, no fato plurissubjetivo, deve estar presente a qualidade do funcionário público, requeridos implícita ou explicitamente pela lei para todos os delitos funcionais.

Para que se apresente o concurso de pessoas no crime de peculato (crime funcional) não será mister que o sujeito qualificado seja o agente material da conduta. Ele pode limitar-se a facilitá-la ou mesmo fingir não ter se apercebido de que outrem subtraia soma da administração.

Ainda que a responsabilidade do funcionário público for excluída, responderá pelo delito funcional, a título de concurso, o particular nas hipóteses de coação moral e de provocação ao funcionário para a prática do crime.

O particular que ignorar a qualidade de funcionário público do sujeito com o qual coopera não responderá pelo delito funcional. Mas poderá ser aplicado a ele o artigo 28, § 2º, segundo o qual aquele que tiver desejado praticar um crime menos

⁶⁴ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 40.

⁶⁵ Machado, op. cit., p. 101.

grave (por exemplo, apropriação indébita) receberá a pena prevista pelo mesmo aumentada até a metade se o evento mais grave for previsível. Se, pelo contrário, o particular tiver desejado um fato que, sem a cooperação do funcionário público, não constituiria crime algum, ficará isento de qualquer responsabilidade penal.

Ademais, é um crime próprio com estrutura inversa, posto que a qualificação subjetiva do autor deriva de um seu comportamento. Como já tratado anteriormente, a noção de funcionário público possui um viés objetivo, que é o exercício de uma função pública. Portanto, qualquer sujeito que possua coisa alheia móvel em função de cargo público cometerá o crime de peculato.

Poderá tratar-se até mesmo de funcionário usurpador, segundo Pagliaro e Costa Jr. – embora boa parte da doutrina negue – nas hipóteses em que haja o reconhecimento da validade dos atos por ele praticados no exercício de função pública. Pode, ainda, o funcionário cometer o peculato que tenha posse em razão de nomeação irregular, ou aquele que haja encerrado seu encargo, mas conservou arbitrariamente a posse da coisa, se tiver iniciado a apropriação quando ainda estava no cargo.⁶⁶

Sujeito passivo

Sujeito passivo do crime é o Estado, pois se trata de crime contra a administração pública. Perante a abrangência do conceito, além da União, Estados e Municípios, podem ser vítimas as autarquias e as entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, etc), de acordo com a equiparação prevista no artigo 327 do Código Penal.

Mirabete, na esteira do tema, lembra que “o artigo 552 da CLT, com a redação que lhe deu o Decreto-lei nº 925, de 10-10-1969, equiparou ao crime de peculato os praticados em detrimento de patrimônio das associações sindicais até então assimilados aos delitos contra a economia popular (RTJ 93/1.013; RT 525/467, 520/460, e 520)”.⁶⁷

⁶⁶ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 41.

⁶⁷ Mirabete, op. cit., p. 297.

O sujeito passivo do crime de peculato é, pois, o Estado, pois ele é o titular do bem jurídico ou do interesse penalmente tutelado. No dizer de fragoso, “é bem de ver que o Estado é sempre o sujeito passivo primário de todos os crimes, pois o direito penal é direito público, que somente tutela interesses particulares, pelo reflexo que sua violação acarreta ao corpo social. A lei penal tutela, em primeiro lugar, o interesse da ordem jurídica geral, de que é titular o Estado”.⁶⁸

Porém, o que comumente se considera na doutrina como sujeito passivo é a titularidade do interesse imediatamente ofendido pelo crime ou do bem jurídico penalmente protegido – o sujeito passivo particular ou secundário.

Machado, nos ensinamentos da Parte Geral do Direito Penal, sobre o tema, assevera:” O sujeito passivo do crime é primariamente a administração pública e, secundariamente, o homem, a pessoa jurídica. A relação jurídica de direito material que se estabelece com a infração penal tem, nos seus pólos, a administração pública e o infrator; ao lado da administração pública – que tem o dever – poder de atuar, em relação ao direito criminal, nos limites que lhe foram impostos pela Constituição –pode ocorrer um interesse particular [...] pode existir um bem jurídico individual ofendido; nesse caso, o homem pode ser sujeito passivo secundário da infração criminal[...].”⁶⁹

Não há, em certos crimes, sujeito passivo particular ou secundário. Há aqueles, porém, nos quais o próprio Estado o será, pelo fato de a ele pertencer o bem jurídico ofendido, bem como o particular que possui o seu bem afrontado.

Tipo objetivo

A materialidade do fato consiste em *apropriar-se* o funcionário de qualquer bem móvel de que tenha a posse em razão do cargo, ou em *desviá-lo*, em proveito próprio ou alheio.

Pressuposto do fato é que o sujeito agente tenha a posse legítima da coisa móvel (dinheiro, valor ou qualquer outro bem). Se o sujeito agente do delito não tiver a posse da coisa, o crime praticado poderá ser o de peculato - furto (art. 312, § 1º)

⁶⁸ Fragoso, op. cit., p. 397.

⁶⁹ Machado, op. cit., p. 39.

ou de furto (art. 155), porque a entrega da coisa ao sujeito ativo sofrerá os vícios da fraude, do erro ou da violência.

Com efeito, não foram enumeradas taxativamente as modalidades de posse ou detenção para efeitos penais (guarda, depósito, custódia, administração, arrecadação, exação), as quais constavam em projetos de códigos penais anteriores ao vigente.

A posse do objeto confiado ao agente deve se dar *em razão do cargo*, posto que a entrega da coisa deve ser feita em virtude de sua competência funcional e tal ato estando dentro das atribuições inerentes a seu cargo. Tal competência pode decorrer de lei, regulamento ou outros atos administrativos, bem como a prática usual ou costumeira não contrária à lei.⁷⁰

Portanto, deve-se tratar, nesse caso, de posse lícita, vale dizer, que a entrega da coisa resulte de preceito legal, regulamento ou da praxe inveterada não obstada pela lei. Ademais, deve existir em razão do cargo (*ratione officii*), como assevera Mirabete, “estabelecendo-se, assim, uma relação de causa e efeito, expressiva de confiança, não só da que é necessariamente estabelecida por lei, como resultante de ato facultativo, dependente, portanto, da vontade de quem entrega, quando tal seja permitido ou tolerado pela administração”.⁷¹

A posse

O problema que envolve a determinação do conceito de posse, como exemplifica e ao mesmo tempo ensina Fragoso, “especialmente no direito italiano, é, de certa forma, secundário em face de nossa lei, que incrimina também o peculato-furto (art. 312, § 1º), desconhecido da lei penal italiana”.⁷²

Isto se verifica pois, conforme já mencionado anteriormente, o nosso código não discriminou as formas ou modalidades de posse e detenção, constantes dos códigos ou projetos de códigos anteriores, o que acarretaria em outra maneira de se abordar tal assunto.

⁷⁰ Como ensina Maggiore, II, 137, citado por Fragoso (op. cit., p. 397): “Só quando a posse entre na competência própria do ofício, existe aquela especial violação de dever de ofício que a lei incrimina no peculato e na malversação”.

⁷¹ Mirabete, op. cit., p. 298. Citando a lição de Bento de Faria, v. 7, p. 84.

A posse deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo tanto o poder de disposição material sobre a coisa quanto a disponibilidade jurídica, facultada legalmente ao agente em decorrência do cargo que desempenha.

Antolisei (*Manuale*, II, 606), citado por Fragoso, enuncia que a posse consiste “na possibilidade de dispor, fora da esfera de vigilância de outrem, da coisa, seja em virtude de uma situação de fato, seja em consequência da função jurídica desempenhada pelo agente no âmbito de administração”.⁷³

Na interpretação dos requisitos da posse, há duas vertentes a serem consideradas: o sentido técnico, baseado nas considerações do direito civil; ou de modo diverso, autônomo a este ramo.⁷⁴

Com maior propriedade, adota-se a tese autônoma ao direito civil. De acordo com a interpretação do conceito de posse extraída do artigo 312 do Código Penal, admite-se que o ente público exercita os poderes de gozo e de disposição dos bens por meio de pessoas físicas, às quais são conferidos tais poderes. De tal interpretação, Pagliaro e Costa Jr. afirmam que “posse é um poder jurídico que implica um posicionamento do sujeito agente no sistema da produção jurídica, com atos viciados acerca da destinação da coisa móvel, desviando-a dos fins tutelados pelo direito e endereçando-a indevidamente rumo a fins próprios do sujeito ativo ou de outros sujeitos particulares”.⁷⁵

Além disso, no crime de peculato, o sujeito ativo, como já visto, deve possuir o bem em razão do cargo que ocupa. Esta locução – “posse em razão do cargo”, significa um poder jurídico sobre a coisa, desenvolvido no âmbito da competência derivada do exercício de um cargo público. No dizer dos autores supracitados, “o exercício do cargo público fundamenta uma titularidade de poderes (competência), entre os quais devem reentrar aqueles poderes sobre a coisa que constituem a posse indispensável à subsistência do peculato”.⁷⁶

⁷² Fragoso, op. cit., p. 398.

⁷³ Fragoso, op. cit., p. 399.

⁷⁴ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 56. Tratando da conceituação da posse no crime de peculato: “A tese civilística é indubitavelmente errônea, porque a posse civilística do bem diz respeito, nos casos de peculato, não ao funcionário, mas somente à administração pública. Esta poderá propor as ações de manutenção somente no caso de turbacão da posse, sendo obrigada a restituir os frutos, tendo direito à indenização por melhoramentos, podendo obter, mediante a posse, um novo direito sobre a coisa”.

⁷⁵ Ibidem, p. 56.

⁷⁶ Ibidem, p. 57.

Todavia, a competência não deve ser entendida no seu sentido estritamente legal sob o ponto de vista do direito penal, porque difere do foco obtido pelo direito administrativo. O interesse precípua do direito penal é reprimir apropriações e desvios de bens móveis sobre os quais o agente tenha poder jurídico que se fundamenta no exercício de um poder do cargo.

Deflui –se, pois, que a entrega do bem ao agente poderá ser facultativa; o poder sobre a coisa resulte de ato ilegítimo ou comportamento violador de deveres do cargo, sempre que o ato constitua o exercício de uma função pública. O importante é que o poder sobre a coisa derive do exercício de uma função pública.

A conduta típica

A conduta do crime de peculato tido como *próprio* está prevista no *caput* do artigo 312 de duas formas: apropriação ou desvio.

Apropriar-se tem o sentido de assenhorear-se da coisa móvel (no todo ou em parte), passando a dela dispor como se fosse o proprietário. Consuma-se tal atitude quando o agente inverte o título da posse sobre a coisa, usufruindo-a como se fosse seu senhor (*uti dominus*).

No dizer de Fragoso, “[...] a apropriação não é apenas um momento subjetivo, sendo indispensável um fato exterior que constitua um ato de domínio e revele o propósito de apropriar-se. É o que sucede com a retenção, a alienação, o consumo, atos que revelam o assenhoreamento e constituem o momento consumativo do crime”.⁷⁷

A vontade de apropriar-se não se confunde com a vontade de se estabelecer um direito de propriedade sobre a coisa, porque tal direito não pode surgir da apropriação ilícita. Ao que procede o agente é criar uma situação de fato na qual ele se comporta como proprietário da coisa, excluindo o verdadeiro da esfera de domínio (expropriação).⁷⁸

⁷⁷ Fragoso, op. cit., p. 401.

⁷⁸ Sobre o tema tratado, escrevem Pagliaro e Costa Jr. (op. cit., p. 44): “Esta situação de fato comporta dois aspectos: um negativo, outro positivo. O aspecto negativo vem definido como ‘expropriação’, consistindo na exclusão do verdadeiro proprietário com relação à coisa. Não é preciso que estejam preclusas todas as faculdades inerentes à relação de propriedade [...] O aspecto positivo da apropriação é a criação de uma relação de fato com respeito à coisa, à qual, por constituir um

Desviar é a segunda modalidade de conduta tipificadora do crime de peculato. Desviar é mudar de direção, alterar o destino ou aplicação, deslocar, desencaminhar, enfim, dar à coisa destinação diversa daquela em razão da qual foi ela entregue ou confiada ao agente.

Aqui, não se exige o propósito de apropriar-se, bastando o desvio dar-se com o simples uso irregular, em proveito próprio ou alheio. Magalhães Noronha assevera que “ ao invés de destino *certo e determinado* do bem de que tem a posse, o agente lhe dá outro, no *interesse próprio ou de terceiro* “. ⁷⁹

O desvio configura-se pela realização da vontade de subtrair a coisa de finalidade à qual se achava destinada legalmente, para arbitrariamente dotá-la de finalidade diversa.

Contudo, meras irregularidades formais, como estornos ilícitos realizados em balanços administrativos, exceder limites da competência ou a não observância de instruções de órgãos centrais não são suficientes para caracterizar o desvio quando a destinação efetiva da coisa permaneça a que deveria ser. ⁸⁰

No crime de peculato, tanto a apropriação quanto o desvio devem provocar um dano, seja patrimonial ou moral, ao sujeito ao qual a coisa pertença. No caso do desvio, é necessário que este seja realizado em proveito próprio ou alheio – se o desvio se der em benefício da própria administração, não há o peculato, mas o crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (artigo 315).

A questão do “peculato de uso”

Há um problema existente na punibilidade do chamado peculato de uso, vale dizer, do uso temporário de coisas não fungíveis e não consumíveis para satisfazer finalidade particular, pertencentes a outros e possuídas em razão do cargo.

O Código Penal de 1969 previa o peculato de uso:

“Usar, para fins alheios ao serviço, ou permitir que outrem, indevidamente, faça uso de veículos ou qualquer outra coisa infungível de não pequeno valor,

nexo de propriedade (ou mesmo por ser um dos poderes através dos quais se desenvolve a propriedade), falta apenas a sanção jurídica”.

⁷⁹ Noronha, op. cit., v. 4, p. 300.

⁸⁰ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 45.

que, pertencente à administração pública ou sob sua guarda, lhe tenha sido entregue em razão do cargo.

Pena : detenção, até 1(um) ano, ou pagamento não excedente a 20 (vinte) dias-multa”.

Um exemplo clássico na doutrina bem como nos anais da jurisprudência é o do uso reiterado de automóvel oficial em serviço particular. Em tal caso, para que se configure a apropriação ou o desvio, segundo Pagliaro e Costa Jr., “é necessário que o uso, por sua natureza e por sua duração, seja tal que comprometa a utilidade da coisa para a administração pública ou para o sujeito ao qual pertença. [...] Por isso, não haverá ilícito penal, mas somente um ato moralmente reprovável e suscetível de sanções disciplinares, se um funcionário público, por ocasião de uma festa, enfeitar sua casa com quadros da sua repartição, usar vez ou outra máquinas de escrever, automóveis, que pertençam a terceiros e estejam em sua posse em razão do cargo”.⁸¹

A doutrina e, principalmente a jurisprudência já decidiram que o uso de máquinas e veículos, pois, não configura o crime, mas tem-se concluído pela condenação pelo consumo de combustível ou outros materiais.

Há um caso especial de peculato de uso como crime de responsabilidade de Prefeitos Municipais, legalmente previsto pelo Decreto-lei n.º 201 de 1967, no qual é punida a utilização indevida de bens, rendas ou serviços públicos.

O problema do proveito público

No artigo 312 do Código Penal, ao tratar do “desvio em proveito próprio ou alheio”, não fez a lei menção expressa a que o proveito alheio fosse privado.

Com efeito, a conduta da apropriação não pode se dar com vista à obtenção de proveito público. Já na conduta de desvio, poder-se-á verificar um proveito público.

Entretanto, o desvio da coisa destinado a uma finalidade pública, ainda que indevidamente, não poderá constituir o crime de peculato.

⁸¹ Ibidem, p. 46.

Sobre o problema, ilustram Pagliaro e Costa Jr.: “Nessa hipótese não há lesão à imparcialidade da administração e não deverá ser aplicada ao agente a grave pena prevista para o peculato, nem mesmo se a coisa vier a ser destinada a um ente público diverso daquele ao qual a coisa pertença. Para que se configure o peculato é necessário o uso da coisa em contrariedade a qualquer finalidade de utilidade pública”.⁸²

Objeto material

O objeto material da conduta é o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. O direito penal não considera imóveis navios e outros bens, considerados tais por determinação legal, posto que podem ser apreendidos e removidos.

Dinheiro é a moeda metálica ou o papel-moeda circulante no país ou exterior. *Valor* é qualquer título, papel de crédito ou documento negociável, como apólices, ações, letras de câmbio, notas promissórias, etc. *Bem móvel* é toda coisa dotada de utilidade, passível de ser apreendida e removida de um lugar para outro, como, por exemplo, jóias, veículos, animais, etc.

O dinheiro poderá ser nacional ou estrangeiro. Se se tratar de dinheiro que já saiu de circulação, não se configura o peculato, mas o furto ou a apropriação indébita. Além disso, o dinheiro pode pertencer ao Estado ou a particulares, quando estes o confiem ao agente em razão do cargo público que ocupa e desempenha.

Antigamente, a doutrina excluía o crime de peculato quando se tratasse de coisa fungível, limitando o crime às coisas infungíveis. Ao referir-se ao dinheiro, contudo, eliminou-se qualquer dúvida, pois tanto faz que a coisa seja fungível ou infungível.

Exclui-se o peculato quando o funcionário misturar o próprio dinheiro com o público para realizar o troco; quando o funcionário valer-se de pequenas quantias de dinheiro público para despesas de manutenção ou condução, quando a serviço do Estado, com o devido reembolso posterior; ou por esquecido em casa o próprio dinheiro.

⁸² Ibidem, p. 49-50.

Entretanto, pratica o peculato o funcionário que se apropria de dinheiro público de que tem a posse, disposto a repô-lo logo mais, ou seja, despojado do *animus rem sibi habendi* (ânimo de reter a coisa como se sua fosse). A devolução posterior do dinheiro não elimina o crime, pois há sempre um desvio. Vale dizer, não se admite a compensação, a menos que haja expresso consentimento da lei administrativa.

Para os fins da lei penal, considera-se bem móvel também a energia elétrica e qualquer outra forma de energia que possua valor econômico (térmica, sonora, etc.). Esta equiparação só é válida quando a energia possa ser possuída independentemente da coisa que a produz. Com efeito, segundo Pagliaro e Costa Jr., “no caso em que a posse da energia dependa da posse da coisa que a produz (posse de animais, automóveis, maquinaria), a realização do crime será julgada em relação com a coisa, e não com a energia. Serão válidas, então, as regras que definem o peculato de uso [...]”⁸³

No que tange à energia muscular humana, o peculato deverá ser excluído em sua utilização arbitrária, como no caso de funcionário que se utiliza de pessoas de sua repartição para servi-lo em seu negócio particular. Isto se dá porque, no direito moderno, o homem não é considerado um bem móvel, nem poderá ser objeto de posse.⁸⁴

Da mesma forma, os bens imateriais pessoais (vida, honra, liberdade, etc.), bem como os patrimoniais (invenções, modelos industriais, obras do intelecto) não podem constituir objeto de peculato porque não podem ser objeto de posse, salvo quando o dinheiro ou qualquer outra utilidade que derive da utilização do bem imaterial constitua o objeto do crime.

Pode, ainda, o peculato recair sobre um direito, como no caso de ocorrer o desvio em vantagem própria de uma coisa móvel pertencente à administração pública a título de usufruto.

No delito de peculato, o objeto deve ter um valor, seja ele patrimonial, seja não patrimonial, mas deve haver um valor, pois, de outro modo, não existiria crime.

⁸³ Ibidem, p. 48.

⁸⁴ Nesse sentido, Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 48; Noronha, op. cit., p.209; Heleno Fragoso, op. cit., p.393.

À ausência total de valor deve ser equiparado o valor exíguo, que possa ser considerado idêntico ao valor nulo no que se refere às finalidades da lei penal.

Conforme exemplificam Pagliaro e Costa Jr., “ninguém pensaria em aplicar o tipo penal do peculato àquele que venha a utilizar-se de um bem de valor exíguo. Qual o juiz que condenaria por peculato o funcionário que se apropriasse de um bilhete ferroviário usado, para reaproveitá-lo”?⁸⁵

Quanto às ações, títulos de crédito, etc., seu valor não é representado pela folha de papel ou pela tinta neles inserida, mas pelo crédito ou pela qualidade de sócio que eles significam. Exclui-se, pois, o peculato quando os títulos apropriados se refiram a um crédito ou condição de sócio desprovido de qualquer valor.

Tipo subjetivo

O tipo subjetivo, na modalidade de apropriação é o dolo genérico: vontade livre e conscientemente dirigida ao assenhoreamento da coisa, à apropriação do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, de que se tem a posse em razão do cargo. Basta a vontade referida à apropriação, sendo que esta pressupõe o *animus rem sibi habendi* (intenção de não restituir a *res*) e a obtenção de proveito, próprio ou alheio.

No caso de peculato-desvio, é necessário, além do dolo genérico (vontade livre e consciente de empregar a coisa em fim diverso daquele a que era destinada), o dolo específico: intenção de proveito próprio ou de outrem (excluído o *animus rem sibi habendi*). Se o proveito for voltado para a própria administração, o crime que poderá configurar-se é o de “emprego irregular de verbas ou rendas públicas” (artigo 315).

Consumação e tentativa

Consuma-se o peculato quando ocorre a apropriação, ou seja, quando o funcionário público torna seu o dinheiro, valor ou bem móvel de que tem a posse em razão do cargo. No caso de desvio, a consumação ocorre quando o funcionário dá

⁸⁵ Pagliaro Costa Jr., op. cit., p. 53.

às coisas destino diverso, quando as emprega em fins outros que não o próprio ou regular, não havendo necessidade de ser alcançado o fim visado pelo agente.

Entende-se, em grande parte da doutrina clássica autorizada, que o peculato é um crime de dano e, segundo Magalhães Noronha, “consequentemente se consuma com este, que existe sempre na *apropriação ou desvio*, seja pela *diminuição* efetiva do patrimônio da administração, seja pela falta de *acréscimo ou aumento devido*”.⁸⁶

No mesmo sentido, Hungria: “Convergem no peculato a *violação do dever funcional e o dano patrimonial*. Poderá dizer-se que é punido o peculato menos porque seja patrimonialmente lesivo do que pela quebra de fidelidade ou pela inexecução no desempenho de cargo público; mas é absolutamente indispensável à sua configuração o advento de concreto dano patrimonial. Peculato consumado sem dano efetivo é tão absurdo quanto dizer-se que pode haver fumaça sem fogo, ou sombra sem corpo que a projete, ou telhado sem paredes ou esteios de sustentação”.⁸⁷

Aqui, diferente do que ocorre no crime de apropriação indébita, a intenção de restituir a coisa é irrelevante. Tampouco é possível a compensação do dinheiro desviado com créditos reais do agente junto à administração pública, bem como a existência de caução ou fiança que venha a cobrir o prejuízo por inteiro não exclui o crime de peculato.

O procedimento penal, para ser instaurado, não depende da rejeição de contas por parte de órgãos administrativos, legislativos ou Tribunais de Contas. Segundo Pagliaro e Costa Jr., “condicionar a consumação à referida rejeição equivaleria a transformar essa providência regulamentar em condição objetiva de punibilidade, o que não é previsto em nenhum momento na lei penal”.⁸⁸

Conforme já exposto, a apropriação ou desvio de bens, verbas ou rendas deve ser realizado em proveito próprio ou alheio, pois se ocorrer em proveito da própria administração, o delito praticado será o do artigo 315 do Código penal.

Admite-se a tentativa, embora um tanto rara, pois o *iter criminis* é fracionável. Segundo Machado, “teoricamente, em laboratório, todo crime admite tentativa. Para

⁸⁶ Noronha, op. cit., p. 303.

⁸⁷ Hungria, op. cit., p. 345-346.

⁸⁸ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 54.

efeitos práticos de aplicação da lei penal, não a admitem o crime chamado culposos, o unissubsistente, os omissivos próprios e os habituais”.⁸⁹ Portanto, admite-se a tentativa no crime de peculato em sua modalidade dolosa – apropriação ou desvio às quais se refere o artigo 312.

O mesmo referido penalista diz, a respeito do *iter criminis*, que “o crime pressupõe um processo de desenvolvimento e de conhecimento, com fases interna (ideação e resolução) e externa (preparação e execução). [...] a sanção dirige-se não só ao tipo visado pelo autor, como também à sua tentativa”.⁹⁰

Magalhães Noronha cita-nos um exemplo de tentativa de peculato, ao descrever a hipótese do tesoureiro ou caixa da repartição que é detido ao sair desta portando dinheiro que devia ter ficado no cofre.⁹¹

Peculato – furto

Também denominado peculato impróprio, está previsto no artigo 312, § 1º, com a seguinte redação: “aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário”.

Há aqui, fundamentalmente, um crime de furto, praticado pelo funcionário em detrimento da administração pública. Sua objetividade jurídica, pois, não difere da do peculato em seu tipo fundamental.

O sujeito ativo é o mesmo (funcionário público) que no previsto no *caput* do artigo 312. Porém, a conduta típica é necessariamente diversa da do peculato, porque aqui, o funcionário público não deve ter a posse do dinheiro, valor ou bem.

Com efeito, a aproximação deste delito em relação ao peculato reside na exploração da qualidade do funcionário público. Como observam Pagliaro e Costa Jr., “como no peculato a função é a razão da posse que consente na apropriação ou no desvio, assim aqui a qualificação de funcionário público deve facilitar a subtração. Este é o motivo pelo qual se fala em peculato – furto”.⁹²

⁸⁹ Machado, op. cit., p. 93.

⁹⁰ Ibidem, p. 91.

⁹¹ Noronha, op. cit., p. 304-305.

⁹² Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 60.

A conduta típica não é mais de apropriação e sim de subtração (furto). O sujeito ativo não tem a posse da *res* nem o crime ocorre em virtude de sua função mas aproveita-se ele da facilidade que a condição de funcionário lhe concede para praticar a conduta. Essa qualidade não é a causa do resultado, mas se revela em ocasião para a sua ocorrência. Ausente a facilidade criada pelo exercício do cargo e função não ocorre o peculato, mas simples furto.

Segundo Fragoso, quando não é o próprio funcionário que pratica a subtração, pode ele “concorrer (com conhecimento de causa) para que outrem o subtraia, aproveitando-se também da facilidade que lhe enseja o cargo que desempenha. Essa facilidade será, em regra, o fácil acesso, sem obstáculos, ao local onde estão guardados os bens, bem como as relações pessoais com os funcionários incumbidos da guarda e vigilância, o que permitirá ao agente iludi-los, sem despertar suspeitas, para proporcionar a si próprio ou a terceiros a ocasião favorável ao furto”.⁹³

Subtrair significa retirar arbitrariamente a coisa da esfera de vigilância do funcionário. Não é necessário o apossamento da coisa, pois poderá verificar-se a subtração mediante ocultamento. Facilitar a subtração significa torná-la mais provável, mais rápida. A facilitação deve depender da qualidade do funcionário público. Não se faz mister, portanto, que exista um verdadeiro exercício de funções, bastando fazer valer o prestígio que deflui do cargo ou a confiança suscitada em outro funcionário que possua a coisa em razão do cargo.

Conforme Hungria, “a facilidade a que se refere o texto legal é qualquer circunstância de fato propícia à prática do crime, notadamente o fácil ingresso ou acesso à repartição ou local onde se achava a coisa subtraída”.⁹⁴

O tipo subjetivo é o dolo específico: vontade consciente dirigida à prática de qualquer das ações incriminadas, visando o agente à obtenção de proveito próprio ou alheio. É indispensável que tenha o agente consciência de prevalecer-se da facilidade que lhe é proporcionada pela sua condição de funcionário público.

Admite-se a tentativa do peculato – furto quando caracterizado o fracionamento do *iter criminis*, consumando-se o ilícito com a efetiva subtração.

⁹³ Fragoso, op. cit., p. 405.

⁹⁴ Hungria, op. cit., p. 350.

A pena imposta para o peculato - furto é a mesma do peculato próprio: reclusão de dois a doze anos, além de multa.

Peculato culposo

No artigo 312, § 2º, está disposto o crime: “ Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano”.

Fragoso afirma que “a punibilidade a título de culpa dos crimes patrimoniais é excepcional”. A seguir, transmite lição ensinada por Carrara, que diz que “a imprudência humana deve ser freada e reprimida pela lei somente quando seja causa de um dano *não reintegrável*”. Fragoso ainda diz que “ é evidente que a reparação completa da imprudência elimina o dano mediato, ou seja, o caráter político do fato. Tal lição não foi seguida pelo legislador brasileiro ao incriminar a receptação culposa e ao configurar o crime em exame. Atende-se, aqui, certamente, à importância do patrimônio tutelado e ao dever funcional a que o agente está obrigado”.⁹⁵

Segundo Pagliaro e Costa Jr., a figura do peculato culposo não está prevista nos códigos europeus, que preferem adotar, para os fatos culposos contra a administração pública, meras sanções administrativas, e para os fatos culposos contra o patrimônio, sanções civis. Afirmam, ainda, que, nas legislações latino - americanas e no Brasil, “a figura se origina provavelmente da preocupação em não deixar impunes aqueles fatos dolosos para os quais não tenha sido possível comprovar o dolo do agente”.⁹⁶

A conduta no peculato culposo consiste no ato do funcionário que concorre culposamente ao delito cometido por outros. Este delito deverá ser aquele (peculato próprio) do *caput* do artigo 312 ou o peculato – furto incriminado pelo § 1º do mesmo artigo.

Sua estrutura prevê um sujeito ativo que seja funcionário público. além disso, é necessário que outro sujeito (funcionário público ou não) realize uma conduta dolosa de apropriação, desvio ou subtração de um móvel do qual o funcionário

⁹⁵ Fragoso, op. cit., p. 403.

⁹⁶ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 61.

público tenha a posse em razão do cargo e, finalmente, tenha havido um concurso culposo por parte do funcionário para esta conduta alheia.

O concurso culposo poderá apresentar-se por meio de uma ação ou omissão culposa do funcionário, a qual tenha tornado possível ou facilitado a prática do ilícito por terceiros. Tal ação ou omissão será tida culposa quando seja determinada por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, pela falta de cautela ordinária e especial a que estava obrigado o funcionário, na guarda e preservação das coisas que lhe são confiadas, por força da função pública que desempenha.

Portanto, deve haver relação direta entre a ação culposa e o crime praticado pelo terceiro. Se o autor da subtração for funcionário público e se tiver aproveitado as facilidades que o cargo lhe proporciona, incorrerá no crime do artigo 312, § 1º. Caso contrário, praticará o crime de furto (artigo 155).

Para a configuração da modalidade culposa de peculato é necessário que se estabeleça estreita relação entre o ato do funcionário e a ação dolosa de outrem, de modo a evidenciar que o primeiro tenha dado ensejo à prática do último. A existência do crime depende da prática de um fato doloso por parte de terceiro, e sem este não se configurará o ilícito penal, mesmo que da ação culposa do funcionário sobrevenha um dano ao patrimônio da administração pública.

No § 3º do artigo 312, a lei atribui relevância à reparação do dano, no caso de peculato culposo: “ No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede a sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta”. Nesse caso, resta evidente o sentido reparador do ressarcimento do dano num crime culposo contra o patrimônio, além do que, aqui, a ação envolve a violação de um dever funcional.

Com efeito, se o ressarcimento, que pode realizar-se pela restituição da coisa subtraída ou pela indenização do valor correspondente, ocorrer antes da sentença definitiva (decisão irrecorrível), extingue-se a punibilidade. Se é posterior, reduz de metade a pena imposta. O ressarcimento, bem como a extinção da punibilidade não excluem a aplicação de sanções administrativas em face do ilícito funcional.

No primeiro caso, tem-se uma causa de improcedibilidade válida para qualquer processo penal promovido; no segundo, uma circunstância atenuante especial.

Pagliario e Costa Jr. afirmam que “a *ratio* destas disposições poderá ser encontrada no princípio ‘ao inimigo que foge, ponte d’ouro’. Em outras palavras: dada a modéstia do ilícito, o ordenamento jurídico entende que, acima do interesse à punição do culpado, deva prevalecer o interesse ao restabelecimento do equilíbrio patrimonial alterado”.⁹⁷

Peculato mediante erro de outrem

Art. 313. Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Este tipo autônomo de peculato, denominado por alguns autores peculato – estelionato, pode ser considerado como impróprio. De fato, nele o agente não tem a posse legítima de bens pertencentes ao estado, que vêm a ter em suas mãos por erro.

Parte da doutrina, ainda, entende que o agente não viola, por isso, o seu dever funcional para com o Estado. Entretanto, o agente, no momento da entrega do objeto material do crime, pode não agir de má-fé, mas, depois, quando percebe o engano e não procede à devolução da soma paga indevidamente por erro, compromete o prestígio e a probidade da administração pública.

O peculato impróprio difere-se do próprio por faltar naquele a prévia posse da coisa móvel em razão da função pública e por recair a conduta sobre dinheiro ou qualquer utilidade. Além disso, difere-se do estelionato porque, neste, a indução em erro faz-se pela conduta do próprio agente, enquanto que naquele o sujeito ativo não pratica a conduta, posto que o dinheiro vem às suas mãos por equívoco, sem sua cooperação.

Objetividade jurídica

O bem jurídico tutelado é o regular funcionamento da administração pública no seu bom andamento e imparcialidade, além do seu prestígio atinente aos deveres de probidade dos funcionários que a integram. Secundariamente, são tutelados os

⁹⁷ Ibidem, p. 63-64.

interesses patrimoniais daquele que, por erro procede à entrega de dinheiro ou utilidade ao funcionário.

Sujeitos

Trata-se de crime próprio, pois o sujeito ativo será o funcionário público, embora sem menção explícita, porque a lei se refere ao exercício do cargo. Admite-se que um particular contribua para a conduta ilícita do funcionário, induzindo-o, por exemplo, a não devolver a soma recebida por equívoco.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquele que sofrer o prejuízo patrimonial – podendo ser particular ou até mesmo funcionário público.

Tipo objetivo (conduta)

A ação incriminada consiste em apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem. Faz-se mister que, para a configuração do delito, a entrega do bem tenha sido feita ao agente em virtude do cargo que desempenha e que o erro se relacione com a sua função pública. Como assevera Fragoso, “se não houver este pressuposto do fato, o crime será o de estelionato (na modalidade de manter alguém em erro), se o agente desde logo percebeu o erro e sobre ele silenciou, ou o de apropriação indébita por erro (art. 169, CP), pois não basta a simples qualidade de funcionário público”.⁹⁸

Portanto, pressuposto da conduta é que o sujeito agente esteja no exercício do cargo, nas vestes de funcionário público. Tanto o recebimento quanto a retenção deverão operar-se durante o exercício das funções, mas sem qualquer abuso.

A ação consiste no apropriar-se, não no receber o dinheiro ou a utilidade, visto que quando do recebimento, o agente ou o ofendido podem equivocar-se. Porém, posteriormente, percebendo o engano, se o agente não devolve a quantia recebida indevidamente, passa a agir com dolo – o qual deverá apresentar-se no momento da apropriação, não no recebimento.

⁹⁸ Fragoso, op. cit., p. 407. No mesmo sentido Noronha, op. cit., p. 310.

Erro é a falsa representação da realidade. Neste crime, o erro pode incidir sobre a competência do funcionário, sobre a obrigação de entregar ou consignar valor ou utilidade, ou ainda, sobre a quantidade devida ou entregue. Segundo Fragoso, “é indiferente, pois, que se trate de erro de direito ou de fato. Em qualquer caso, porém, o erro deve versar sobre a entrega e não sobre o recebimento”.⁹⁹

Tanto a entrega quanto o recebimento têm origem no erro ou na ignorância dos sujeitos. Conforme as palavras de Pagliaro e Costa Jr., “errar é saber mal, ignorar é não saber. Assim, enquanto o erro implica algo de positivo (conhecimento falso do objeto), a ignorância tem em si um *quid* de negativo (desconhecimento do objeto). Ambos, erro e ignorância, opõem-se à verdade, que é a conformidade com aquilo que é. Quem ignora, não sabe. Quem erra, pensa saber. Por tal motivo, costuma-se dizer ser o erro a ignorância que se ignora”.¹⁰⁰

Objeto material

Segundo o que se depreende do artigo 313, objeto material é o dinheiro ou qualquer outra utilidade.

Com efeito, tal dispositivo, nesta parte, sofreu inúmeras críticas da doutrina autorizada. Pagliaro e Costa Jr. dizem que “o legislador pátrio repetiu a fórmula italiana, bastante defeituosa – *danaro o altra utilità*”. Magalhães Noronha observa que “ao preceder o substantivo *utilidade* do adjetivo *qualquer*, equivalente a algum ou alguma, podendo referir-se a pessoa ou coisa indeterminada, nossa lei superou a italiana em matéria de imperfeição”.¹⁰¹

No Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro de 1984, tal impropriedade foi sanada, substituindo-se a expressão *dinheiro ou qualquer outra utilidade* por *valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular* (art. 319), harmonizando, pois, a dicção normativa do peculato por erro com a do peculato próprio.

⁹⁹ Fragoso, op. cit., p. 408.

¹⁰⁰ Pagliaro e Costa Jr., op. cit., p. 72.

¹⁰¹ Ibidem., p. 71; Noronha, op. cit., p. 222. No mesmo sentido Fragoso, op. cit., p. 408.

Tipo subjetivo

É o dolo genérico, que consiste na vontade livremente dirigida à apropriação indébita havida por erro, durante o exercício da função pública. O dolo deverá apresentar-se em momento posterior – na apropriação – ao recebimento, porque aqui, muitas vezes está imbuído de boa – fé. Ademais, é necessário que o agente esteja ciente do erro e sua relação com o exercício da função pública.

Consumação e tentativa

O crime consuma-se no momento e no lugar em que o agente se apropria da coisa recebida por erro, passando a dela dispor como senhor fosse (*uti dominus*), e não no recebimento.

A tentativa é juridicamente possível, justamente porque o crime não se consuma com o recebimento, mas com a apropriação. Como exemplifica Fragoso, “pode, assim, o funcionário receber por erro um valor de que não consiga apropriar-se pela oportuna intervenção de seu superior hierárquico”.¹⁰²

Aspectos processuais penais relativos ao crime de peculato

Do processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos

O crime de responsabilidade propriamente dito é a violação de um dever do cargo desempenhado por funcionário público sancionada com pena criminal. Neste sentido, a Constituição emprega a expressão *crime de responsabilidade* fora dos casos em que o processo e julgamento da infração se opera através do procedimento legislativo do *impeachment*. Com este significado também é que o Código de Processo Penal fala em processo e julgamento *dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos* no Capítulo II, Título II, Livro II.

Magalhães Noronha diz que “em sentido amplo a expressão abrange até crimes do Presidente da República, como se verifica do art. 82 da Constituição. Não

é, entretanto, nessa acepção que o vocábulo é tomado, como se verifica do art. 513 do Código, onde expressamente se fala em delitos de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito”.¹⁰³

Para tornar-se clara a distinção, José Frederico Marques: “Não nos parece que o crime de responsabilidade de que promana o *impeachment* possa ser conceituado como ilícito penal. Se a sanção que se contém na regra secundária pertinente ao crime de responsabilidade não tem natureza penal, mas tão-só o caráter de *sanctio juris* política, tal crime se apresenta como *ilícito político* e nada mais”.¹⁰⁴

Tem-se em vista aqui os crimes definidos no Título XI da Parte Especial do Código Penal pertencentes à classe dos delitos especiais, por exigirem determinada qualidade no sujeito ativo, como a de funcionário público. Antepõe-se essa espécie à de crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa. Os crimes funcionais, como já visto, têm como pressuposto ser o agente ou sujeito ativo funcionário público.

Os crimes de responsabilidade ou funcionais são divididos em próprios ou impróprios. Estes são delitos comuns, mas qualificados pela qualidade de funcionário público (como o peculato, que é a apropriação indébita cometida pelo funcionário público). Já os próprios têm como elemento essencial a função pública, sem o exercício da qual não existiria o crime (corrupção passiva, por exemplo).

Entretanto, nem todos os delitos de funcionário público se acham no aludido título do Código Penal, posto que podem fazer parte de outras leis ou de outras partes do referido código. Tais delitos, contudo, não são considerados de responsabilidade.

Para o processo referente aos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos cuidou a lei de estabelecer um rito especial tendo em vista os elevados interesses da administração pública, resguardando-a no que diz respeito à probidade, ao decoro, a segurança e outros bens jurídicos que lhe são essenciais ao bom funcionamento de acordo com tais cautelas a serem consideradas.

¹⁰² Fragoso, op. cit., p. 408.

¹⁰³ Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, São Paulo, 1992, p. 294.

¹⁰⁴ Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, v. 3, Rio de Janeiro, 1962, p. 376.

Com isso também se protege a pessoa do funcionário que, em decorrência do exercício de suas funções, é muitas vezes alvo de acusações infundadas, até mesmo por motivos políticos.

Magalhães Noronha afirma que “são esses delitos, quando o julgamento compete ao juiz singular, que o legislador processual teve em vista. Cuidou ele, diante dos elevados interesses da administração pública, de estabelecer rito especial, não olvidando também interesses do funcionário que, no exercício de suas funções, mais que outrem é, não poucas vezes, alvo de acusações que, de qualquer forma, o molestam e prejudicam”.¹⁰⁵

A informatio delicti (denúncia ou queixa)

Em relação a esta fase preparatória de investigação criminal, assim dispõe o artigo 513 do Código de Processo Penal:

“Nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito, a queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas”.

Bento de Faria, citado por Frederico Marques, escreve que “a *ratio essendi* do preceito transcrito sobre os crimes funcionais, no interesse do Estado, na ordem administrativa, são submetidos a processo diverso, sem dependência, em regra, do inquérito policial, devendo a queixa ou a denúncia ser instruída com as provas indicadas. Mas pode suceder que no curso de qualquer investigação policial se apure a realidade de crime semelhante para atribuí-lo a alguém investido de função pública. Neste caso, as respectivas peças desse processo poderão instruir a referida queixa ou denúncia”.¹⁰⁶

Com efeito, esta disposição se justifica na eventual possibilidade da autoridade policial estar impedida de obter documentos muitas vezes sigilosos da administração, ou de elementos que lhe sejam negados, exigindo-se para isso uma

¹⁰⁵ Noronha, *Curso...*, p. 295.

¹⁰⁶ Frederico Marques, *op. cit.*, p. 377-378.

requisição do Ministério Público ou uma ordem judicial. Nessa hipótese a denúncia poderá ser instruída apenas com documentos ou justificação, bem como com cópias extraídas de procedimentos administrativos encaminhados ao MP.

No dizer de Mirabete, “tais papéis ou a justificação devem indicar o *‘fumus boni iuris’* necessário à instauração da ação penal, ou, no dizer da lei, fazer presumir a existência do delito”.¹⁰⁷

Frederico Marques criticava, em sua obra de 1962, a existência deste dispositivo ainda em nossa legislação, ao dizer ser “incompreensível é que os autores do projeto do atual Cód. de Proc. Penal não tenham atentado para isso e, em consequência, inserissem em seus textos uma norma obsoleta como a do artigo 513, onde até em justificação se fala, e isso sem nenhum propósito”.¹⁰⁸

Da defesa preliminar

Diz o artigo 514:

“Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias”.

Excepcionalmente, nos crimes de responsabilidade de funcionário público está prevista a possibilidade do contraditório antes do recebimento da denúncia ou queixa com a apresentação do que se denomina defesa preliminar, resposta preliminar, contraditório vestibular ou audiência prévia do acusado.

Mirabete afirma que “é de se ressaltar que, diante da redação dada ao inciso I do artigo 323 do CPP pela Lei n.º 6.416, de 24.5.1977, são afiançáveis todos os crimes previstos nos artigos 312 *usque* 326 do CP, pois em nenhum deles a pena mínima supera dois anos de reclusão. Assim, a notificação prévia é indispensável em qualquer ação penal movida ao funcionário pelos delitos funcionais”.¹⁰⁹

Magalhães Noronha justifica a existência desse contraditório vestibular, asseverando que isso “reside no intuito de o legislador evitar a existência de queixas manifestamente infundadas, injustas ou caluniosas, pois do contrário, os

¹⁰⁷ Mirabete, *Processo Penal*, São Paulo, 1992, p. 535.

¹⁰⁸ Frederico Marques, op. cit., p. 378-379. Diz ainda que “a regra citada é do tempo em que se não admitia inquérito policial para crimes funcionais. Daí falar em justificação e documentos”.

¹⁰⁹ Mirabete, *Processo Penal*, p. 535.

funcionários públicos ficariam expostos a freqüentes vexames, o que poderia acarretar o entorpecimento da ação exercida por esses agentes do poder público. Verificada, porém a ausência de dolo, malícia ou frivolidade, e desde que a acusação seja verossímil, não há razão para se negar a instauração do processo”.¹¹⁰

A notificação deve se dar também quando o denunciado ou querelado tenha sido exonerado ou deixado de exercer o cargo, emprego ou função após a prática do ilícito – isso visa resguardar não só a pessoa do acusado, mas também a administração pública na função exercida por ele.

Não sendo possível a intimação pessoal do acusado no foro do delito, quer por não ser conhecido seu paradeiro, quer por se encontrar fora da jurisdição do juiz, deve ser nomeado ao acusado um defensor dativo, ao qual caberá apresentar a defesa preliminar, nos moldes do artigo 514.

Esta deve ser oferecida, como já dito, no prazo de quinze dias. Durante eles, os autos do processo ficarão em cartório para que o acusado ou seu defensor os examinem. Não poderão sair do cartório os autos, pois poderia haver sacrifício da defesa se outrem os retirasse. O réu ou seu defensor também não podem retirá-los.

Do julgamento liminar

Apresentada a defesa, os autos irão conclusos ao juiz. Destina-se ela a desfazer a acusação, por isso que a lei determina que o magistrado aguarde sua apresentação para receber a denúncia ou queixa. Estas serão rejeitadas, se diante da resposta do acusado, o juiz se convencer da inexistência do delito ou da improcedência da imputação.

A defesa apresentada poderá consistir na negativa da ocorrência do fato; que não houve crime (ausência de tipicidade penal); que apesar da existência do crime, o acusado dele não participou (ausência da autoria). De qualquer forma, é necessária a demonstração convincente que evidencie a improcedência da acusação.

Como ensina Magalhães Noronha, “deve ela, por si, elidir a queixa ou a denúncia e não fundar-se em fatos que necessitam de demonstração, em provas

¹¹⁰ Noronha, *Curso...*, p. 296.

que ainda serão produzidas etc., pois, então, longe de se destruir de plano a imputação feita, está-se mostrando a necessidade da instrução. O juiz há de, portanto, pesar e ponderar suficientemente as alegações e provas do acusado, para aceitá-las, considerando que o procedimento especial para o funcionário, em crime de responsabilidade, é exceção e como tal para subtraí-lo ao processo comum ou ordinário a que estão sujeitas as demais pessoas, *deve fundar-se* em prova líquida ou plena. Não é outra razão por que o Código fala em *despacho fundamentado* (artigo 516)".¹¹¹

Caso o juiz entenda persistirem os elementos suficientes para fundamentar a acusação, quanto a existência do crime e indícios da autoria, deve receber a denúncia ou a queixa. Não está ele obrigado a explicitar os fatos a fim de demonstrar a necessidade do prosseguimento do feito, inclusive para que se evite o pré-julgamento. Assim, o despacho de recebimento da denúncia não necessita de fundamentação, enquanto o que rejeita, sim.

A decisão que recebe a inicial é irrecorrível, o que não impede a impetração de *habeas corpus*. Além disso, do despacho que rejeita a denúncia cabe recurso em sentido estrito (artigo 581, I).

Recebida a denúncia, deve o acusado ser citado de acordo com as regras próprias do artigo 517. Não se pode considerar citado o acusado apenas por ter sido notificado para a defesa preliminar ou por ter tomado conhecimento do que consta dos autos. Citado o réu, por imposição do artigo 518 o processo seguirá o rito comum para os crimes apenados com reclusão de competência do juiz singular, ainda que se trate de ilícito penal a que seja cominada pena de detenção – já se tem, inclusive, anulado processo porque, descumpridos os artigos 513 a 518, deu-se ao feito rito sumário em vez do ordinário.

Confrontando-se, pois, os artigos 513 e seguintes com os artigos 394 e subsequentes, verifica-se que a diferença que se apresenta diz respeito à *informatio delicti* e ao início da ação penal nos crimes afiançáveis. Tratando –se de inafiançável, o rito é comum, que também terá lugar, no afiançável, depois do recebimento da denúncia.

¹¹¹ Ibidem, p. 297.

O peculato é crime de ação penal pública, podendo, pois, ocorrer sua instauração pela denúncia do MP ou pela queixa subsidiária do ofendido, que é a pessoa jurídica da administração pública na qual está lotado o funcionário público.

Conclusão

O ordenamento jurídico procura tipificar como crime certas condutas praticadas pelo funcionário público contra a administração pública, de tal sorte que a tutela jurídica abranja todos os aspectos inerentes ao bom desempenho das funções estatais.

Com efeito, nesta parte referente ao crime de peculato, o legislador penal e processual procurou ao mesmo tempo, dotar o Estado de meios eficazes de punição ao funcionário criminoso, bem como resguardá-lo de possíveis afrontas equivocadas e que pudessem prejudicá-lo de forma irresponsável.

Para tanto, cominou penas até certo ponto severas para os agentes do delito em suas diversas modalidades, para não deixar a impunidade, ou melhor, o abrandamento das penas, tornar-se motivo para tratar com irresponsabilidade e inconsequência o funcionário público o patrimônio público do qual ele tem a posse em razão do cargo.

Além disso, ao tratar da caracterização do funcionário público no artigo 327 do Código Penal, houve-se por bem proceder não só ao conceito da forma mais ampla e abrangente possível, como também realizar a equiparação de outras categorias de funcionários servidores à administração pública, para que não se deixasse margem às interpretações legais em benefício da criminalidade.

Toda a tutela destinada à proteção da administração pública relativa aos crimes funcionais, e em especial ao peculato, visa proporcionar ao Estado um melhor atingimento de seus fins e necessidades, permitindo que a administração pública puna seus maus funcionários e não dê margem a eventuais afrontas aos princípios e fins por ela visados.

Entretanto, não só a punição dos maus agentes públicos foi observada, mas os aspectos processuais penais especiais, destinados a apurar a existência dessas condutas criminosas sem que o normal desempenho da administração seja afetado,

bem como procurou-se resguardar a pessoa do funcionário de ataques infundados sobre sua conduta no exercício de cargo ou função pública.

O Estado. Pois, deve sim possuir meios para coibir e punir condutas de seus próprios funcionários públicos, que sejam eficazes, justas, mas que ao mesmo tempo possam ser tidas como exemplares, visto que o respeito à coisa pública, ao patrimônio público em especial (sem prejuízo do cometimento do peculato contra bens de particulares) deve ser sinônimo de cidadania e modernidade dos povos.

Referências bibliográficas

1. PRADO, Luis Regis; BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal anotado e legislação complementar**. São Paulo, RT, 1999.
2. PAGLIARO, Antonio; COSTA JR., Paulo José da. **Dos crimes contra a administração pública**. São Paulo, Malheiros, 1999.
3. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
4. MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual de direito penal, v. 3**. São Paulo, Atlas, 1998.
5. HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro, Forense.
6. MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal (parte geral)**.
7. MIRABETE, Julio Fabrinni. **Processo penal**. São Paulo, Atlas, 1992.
8. MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo, Forense, 1962.
9. NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. São Paulo, Saraiva, 1992.
10. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo, Saraiva, 1997.
11. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**.
12. CRETELLA JR., **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro, 1966.
13. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo, 1997.
14. NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo, 1986.
15. GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1998.